This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

WIDENER LIBRARY
HX GFEQ Z

AH 7203.141

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.

# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach

## Hellfeld

# ein Commentar

von

**D. Christian Friedrich Glück**

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

---

Sieben und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

---

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1825.

~~XI. 9855~~

AH 7203.141

Harvard College Library,
29 June, 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

## Lib. XXIV. Tit. II.

# De divortiis et repudiis.

### §. 1272.

Strafen der Ehescheidung, 1) am eigenen Vermögen des schuldigen Theils.

Um Ehescheidungen zu erschweren, sind in den Gesetzen gewisse Nachtheile für denjenigen Ehegatten bestimmt, welcher durch sein Betragen die Trennung der Ehe verursacht hat. Diese Nachtheile sind von zweyerley Art. Sie beziehen sich theils auf das eigene Vermögen dieses Ehegatten, theils auf den Gewinn, welchen er sonst aus dem Vermögen des unschuldigen Ehegatten hätte ziehen können. Zum Zweck der Vermögens-Strafen trat ehemals das von beyden Seiten höchst persönliche *iudicium de moribus* ein, wobey retentiones dotis ob mores und ob liberos Statt hatten, wenn die Frau an der Scheidung Schuld war; so wie auf der andere Seite der Mann bald durch frühere Herausgabe der dos, bald durch Verlust eines Theils der schon erhobenen Früchte bestraft

# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach

## Hellfeld

# ein Commentar

von

**D. Christian Friedrich Glück**

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

---

Sieben und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

---

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1825.

~~VL. 9855~~

AH 7203.141

Harvard College Library,
29 June, 891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

## Lib. XXIV. Tit. II.

# De divortiis et repudiis.

### §. 1272.

Strafen der Ehescheidung, 1) am eigenen Vermögen des schuldigen Theils.

Um Ehescheidungen zu erschweren, sind in den Gesetzen gewisse Nachtheile für denjenigen Ehegatten bestimmt, welcher durch sein Betragen die Trennung der Ehe verursacht hat. Diese Nachtheile sind von zweyerley Art. Sie beziehen sich theils auf das eigene Vermögen dieses Ehegatten, theils auf den Gewinn, welchen er sonst aus dem Vermögen des unschuldigen Ehegatten hätte ziehen können. Zum Zweck der Vermögens-Strafen trat ehemals das von beyden Seiten höchst persönliche *iudicium de moribus* ein, wobey retentiones dotis ob mores und ob liberos Statt hatten, wenn die Frau an der Scheidung Schuld war; so wie auf der andere Seite der Mann bald durch frühere Herausgabe der dos, bald durch Verlust eines Theils der schon erhobenen Früchte bestraft

§. 2. Si maritus uxorem suam adulterii convinci posse existimaverit, convenit, maritum primo mulierem, vel etiam adulterum accusare: et si accusatio illa vera probata fuerit, tum misso repudio, *maritus una cum donatione propter nuptias dotem quoque habeat: praeterea, si liberos non habeat, tantum ex reliquis bonis mulieris accipiat, quantum tertia pars dotis esse intelligitur: ut dominio eius et dos, et poena a nobis definita applicetur. Si enim liberos ex eodem matrimonio habeat, iubemus, ut et dos, secundum leges hac de re latas, et reliqua mulieris substantia liberis servetur, atque ita adulter legitime convictus, una cum muliere puniatur.* Et si quidem adulter uxorem habeat, illa tam dotem suam, quam donationem propter nuptias accipiat, ita ut si liberos habeant, mulier solo usufructu donationis fruatur, dominio secundum leges liberis servando: reliquam vero mariti substantiam liberis eius ex liberalitate nostra donamus. Sin autem liberi non extent, sancimus, ut dominium quidem donationis ante nuptias mulieri competat, reliqua vero omnis mariti substantia fisco secundum veteres leges applicetur.

Um diese Constitution zu verstehen, ist es nöthig sich der früheren Constitutionen wieder zu erinnern, worauf sich Justinian hier bezieht, und von denen oben [5]) die Rede war.

Schon Kaiser Honorius hatte in der *L. 2. Cod. Theod. de repudiis* vom J. 421. verordnet, daß bey Scheidungen ohne alle Ursache die Frau nebst den Geschen-

5) S. den 26. Th. §. 1262. S. 339. ff.

ken, die sie als Braut erhalten, auch das Heyrathsgut verlieren, und mit der Deportation, ohne Hofnung zur Rükkehr nach Hause [6]), bestraft werden solle. Eben so sollte der Mann, der sich von seiner Frau ohne Ursach trennt, die donatio ante nuptias und die dos verlieren. Ist die Scheidung aus unbedeutenden Gründen (ob morum vitia ac mediocres culpas) geschehen, so soll die Frau nur ihr Heyrathsgut verlieren, und die empfangene Schenkung herausgeben. Der Mann hingegen muß die dos restituiren, die donatio ante nuptias aber erhält er dagegen zurück. War endlich die Ehescheidung wegen bedeutender Gründe (ob grave crimen eines der Ehegatten) veranlaßt worden, so sollte der Mann die dos gewinnen, und seine Geschenke zurückerhalten, wenn die Frau der schuldige Theil ist. Hätte aber der Mann durch sein Vergehen die Ehescheidung verschuldet, so sollte die ihre dos, und auch die sponsalitia largitas erhalten. Daneben sollten jedoch die alten retentiones dotium *propter liberos* noch fort-

6) In der Constitution heißt es: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam *postliminii ius* negamus. Der Ausdruck *ius postliminii*, der sonst nur von Gefangenen gebraucht wird, wenn sie aus der Gefangenschaft zurückgekehrt, und in alle ihre vorigen Rechte wieder eingetreten sind, als wären sie nie verloren gewesen; wird hier in einer uneigentlichen Bedeutung für Restitution oder Begnadigung genommen, in welcher Bedeutung es auch in *L.* 1. *C. Just. de re milit.* vorkommt, weil die Restitution hierin mit dem postliminium gleiche Wirkung hatte. S. *Pet.* Fabri Semestrium Lib II. Cap. 13. pag. 202. und *Jac.* Gothofredi Commentar. ad Leg. 2. Cod. Theodos. de repud. Tom. I. pag. 357. edit *Ritter.*

dauern [7]), welche dann aber freylich nur noch in dem Falle vorkommen konnten, wo der Mann verpflichtet war, die dos der Frau herauszugeben, nämlich wenn er *ob morum vitia* sich von der Frau trennte; weil in den Fällen, wo der Mann die ganze dos erhielt, sich keine Abzüge (retentiones) denken ließen.

Der Kaiser Theodos *II.* hob diese Strafen wieder auf, und verordnete dagegen in der *L. 8. Cod. Iust. de repudiis*, vom J. 449. daß wenn ein Ehegatte sich aus keinem der in dieser Constitution gebilligten Gründe [8]) von dem andern trennte, die Frau ihr Heyrathsgut und die donatio ante nuptias verlieren, der Mann hingegen die dos herausgeben, und die donatio ante nuptias verlieren solle. Wenn hingegen die Trennung aus einem der gesetzlich gebilligten Gründe geschehen wäre; so soll jetzt der Schuldige die angegebenen Nachtheile an dem Vermögen leiden. Sind jedoch Kinder aus der Ehe vorhanden, so soll alles, was nach dem Bisherigen der unschuldige Ehegatte gewonnen hat, also von der Frau die donatio ante nuptias, von dem Mann aber die dos, den Kindern aufbehalten werden, wobey

7) *Just. Henn.* Boehmer in Diss. de privatione dotis et successionis statutar. ex capite adulterii. Cap. I. §. 17. (in Eius *Exercitation. ad Pand.* Tom. IV. pag. 795.) erklärt die retentio *propter liberos* so, daß der Mann die Hälfte der dos den Kindern nach seinem Tode habe hinterlassen müssen. Allein man sehe Wächter, über Ehescheidungen bey den Römern. S. 262.

8) S. den 26. Th. §. 1262. S. 340. f. und von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. bis auf Justinian. S. 23 — 25.

ihnen denn zugleich alle Veräusserung und Verpfändung verboten, jedoch das Electionsrecht unter den Kindern gestattet worden ist, welchem sie nämlich diesen Gewinn vorzüglich zuwenden wollen.

Justinian nahm diese Verordnung in seinen Codex auf, fügte aber noch eine Constitution hinzu, nämlich die *L.* 11. *Cod. de repudiis* vom J. 528. vermöge welcher der zu bestrafende Ehegatte, wenn keine dos oder donatio propter nuptias bestellt worden, den vierten Theil seines Vermögens geben soll, doch so, daß dieser 100 Pfund Goldes nicht übersteigen dürfe. Dieser Gewinn des vierten Theils solle aber, wenn Kinder da sind, gleich der dos und donatio propter nuptias, diesen unter gleichen Bestimmungen aufbehalten werden.

Die hierauf folgende Novelle XXII. Kap. 15. und 16. war eine bloße Wiederholung der vorigen Constitutionen [9]). Nach diesen Constitutionen folgte nun die nicht minder wichtige *Nov. CXVII.* In diesem Gesetz verbot Justinian

1) die Scheidung, welche mit gemeinschaftlicher Uebereinkunft der Ehegatten geschieht, und gestattete dieselbe blos in dem einzigen Falle, wenn beyde Ehegatten ins Kloster gehen, oder das Gelübde der Keuschheit ablegen wollten [10]). Für diesen Fall wurde bestimmt, daß wenn die Ehegatten Kinder hätten, diesen sowohl die dos, als die donatio propter nuptias aufbehalten werden solle. Sollte aber Eins von ihnen, der Mann oder die Frau, nachher das Gelübde nicht halten, und entweder

9) S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 245. ff.

10) Cap. 10.

sich wieder verheyrathen, oder sich einer ausschweifenden Lebensart ergeben; so solle, wenn Kinder da sind, diesen, ausser der dos und donatio propter nuptias, das Eigenthum des ganzen übrigen Vermögens eines solchen Ehegatten überlassen werden, welches, wenn die Kinder noch minderjährig sind, von dem unschuldigen Ehegatten verwaltet, und dieselben von ihm erzogen werden sollen. Würden hingegen beyde Ehegatten ihrem Gelübde entgegen handeln, so solle das Vermögen beyder Eltern den Kindern zugesprochen, und den Kindern, die noch nicht großjährig sind, ein Vormund gesetzt werden, der dieses Vermögen unter der Aufsicht des Richters, oder derjenigen, denen dieses von den Gesetzen aufgetragen worden ist, verwaltet. Sind keine Kinder vorhanden, so solle das Vermögen des schuldigen, oder beyder schuldiger Ehegatten dem Fiscus anheimfallen. In eben dieser Novelle setzte Justinian auch

2) neue Ehescheidungs-Ursachen fest, welche schon an einem andern Orte [11]) angeführt worden sind, und bestimmte zugleich a) in den Fällen, wo der Mann sich scheiden durfte, α) wenn die Frau auf die Anklage des Mannes des Ehebruchs schuldig befunden wurde, als Strafe, daß der Mann zugleich, mit der donatio propter nuptias, das Heyrathsgut haben, und noch ausserdem, wenn keine Kinder da wären, einen Theil ihres übrigen Vermögens, welcher soviel, als der dritte Theil ihres Heyrathsgutes beträgt, eigenthümlich bekommen solle. Wären aber Kinder aus der Ehe vorhanden, so solle das Heyrathsgut mit dem übrigen Vermögen der Frau, nach Maßgebung der Gesetze, den Kindern aufbehalten

11) S. den 26. Th. §. 1262. S. 343 — 345.

werden. Eben so soll auch ihr Ehebrecher bestraft werden, und wenn derselbe eine Frau hat, so solle diese sowohl ihr Heyrathsgut, als die donatio propter nuptias erhalten. Sind Kinder da, so solle diesen das Eigenthum daran aufbehalten werden, der Frau aber blos der Nießbrauch davon zukommen; wären hingegen keine Kinder vorhanden, so solle zwar die Frau das Eigenthum der donatio propter nuptias haben, das übrige Vermögen des Mannes aber an den Fiscus verfallen seyn. In allen übrigen oben angeführten Fällen verliert die Frau nur ihre dos an den Mann, von der er auch, wenn keine Kinder vorhanden sind, das volle Eigenthum, sonst aber nur den Nießbrauch erhält, weil dann das Eigenthum den Kindern aufbehalten werden soll.

b) In den Fällen aber, wo die Frau sich von dem Manne scheiden darf, verordnet, Justinian, α) daß wenn der Mann die Frau fälschlich wegen Ehebruchs angeklagt hat, die Frau nicht nur ihre dos zurückerhalten, und die donatio propter nuptias gewinnen, sondern auch noch überdem für diese Beschimpfung, wenn sie keine Kinder aus dieser Ehe hat, soviel von dem übrigen Vermögen des Mannes eigenthümlich erhalten soll, als der dritte Theil der donatio propter nuptias beträgt. Sind aber Kinder vorhanden, so soll diesen das ganze Vermögen des Mannes aufbehalten, übrigens aber dasjenige bey seiner Kraft und Gültigkeit verbleiben, was wegen der donatio propter nuptias in den übrigen Gesetzen enthalten ist. Ausserdem soll der Mann die Strafe leiden, welche die Frau, wenn die Anklage wäre bewiesen worden, hätte erleiden müssen. Es heißt

*Nov. CXVII. Cap. 9. §. 4.*

Vel si maritus uxorem adulterii accusaverit, nec adulterium probaverit, liceat mulieri, si velit, ex hac quoque causa viro repudium mittere, *et dotem suam recipere, donationemque propter nuptias lucrari, et pro hac calumnia, si liberos ex illo matrimonio non habeat, mulier tantum iure dominii ex reliqua viri substantia accipiat, quantum donationis ante nuptias tertia pars esse intelligitur. Si enim liberos habeat, totam mariti substantiam liberis servari iubemus: firmis manentibus illis, quae de donatione ante nuptias reliquis legibus continentur:* ita tamen, ut propter institutam et non probatam adulterii accusationem, etiam illis poenis maritus subiaceat, quas mulier passura fuisset, si accusatio illa probata fuisset.

β) Wenn der Mann in demselben Hause, in welchem er mit seiner Frau wohnt, oder auch in einem andern Hause derselben Stadt, in welcher er wohnt, mit einer andern Frauensperson unerlaubten Umgang hat, und derselbe, wiederholter Warnungen ungeachtet, von diesem lasterhaften Leben nicht abgelassen; so soll es der Frau nicht nur erlaubt seyn, aus diesem Grunde die Ehe aufzuheben, sondern auch die dos und donatio propter nuptias an sich zu nehmen; überdem aber soll sie für die ihr angethane Schmach noch aus dem übrigen Vermögen des Mannes, soviel als der dritte Theil am Werthe der donatio propter nuptias beträgt, und zwar, wenn sie keine Kinder von ihm hat, von der donatio propter nuptias, und dem zur Strafe ihr noch obendrein zu gebenden dritten Theile das volle Eigenthum, wenn sie aber Kinder hat, blos den Nießbrauch bekommen, das Eigenthum aber den

Kindern erhalten werden. Justinian sagt nämlich in der angeführten Novelle Kap. IX. §. 5.

Si maritus in eadem domo, in qua cum uxore sua habitat, illa contemta, cum alia in eadem domo manere inveniatur, vel cum in eadem urbe habitet, in alia domo cum alia muliere assidue manere probetur, et semel atque iterum vel a suis, vel ab uxoris parentibus, vel aliis personis fide dignis reprehensus, a luxuria illa non abstineat; liceat mulieri propter hanc etiam causam matrimonium dissolvere, *datamque dotem et donationem propter nuptias recipere, et pro contumelia illa tertiam partem pretii, quam donatio propter nuptias efficit, ex reliqua illius substantia accipere:* ita tamen, ut si liberos habeat, mulier solo usufructu rerum, quas ex donatione ante nuptias, et poena tertiae partis substantiae mariti accipit, fruatur, dominio communibus liberis servando. Si enim liberos ex eodem matrimonio non habeat, iubemus, ut ipsa illarum etiam rerum dominium habeat.

In allen übrigen Fällen, wo keine besondern Strafen bestimmt sind, erhält die Frau ihre dos zurück, und kann die donatio propter nuptias fordern, und zwar erhält sie die letztere, wenn keine Kinder vorhanden sind, zum vollen Eigenthume, sonst aber nur zum Nießbrauche. So heißt es im Anfange des 9. Kapitels:

Causae vero, ob quas marito repudium ab uxore iuste mitti, et ex quibus ipsa *dotem accipere*, atque *donationem propter nuptias exigere potest*, ita ut liberis similiter dominium donationis serve-

Vel si maritus uxorem adulterii accusaverit, nec adulterium probaverit, liceat mulieri, si velit, ex hac quoque causa viro repudium mittere, *et dotem suam recipere, donationemque propter nuptias lucrari, et pro hac calumnia, si liberos ex illo matrimonio non habeat, mulier tantum iure dominii ex reliqua viri substantia accipiat, quantum donationis ante nuptias tertia pars esse intelligitur. Si enim liberos habeat, totam mariti substantiam liberis servari iubemus: firmis manentibus illis, quae de donatione ante nuptias reliquis legibus continentur:* ita tamen, ut propter institutam et non probatam adulterii accusationem, etiam illis poenis maritus subiaceat, quas mulier passura fuisset, si accusatio illa probata fuisset.

β) Wenn der Mann in demselben Hause, in welchem er mit seiner Frau wohnt, oder auch in einem andern Hause derselben Stadt, in welcher er wohnt, mit einer andern Frauensperson unerlaubten Umgang hat, und derselbe, wiederholter Warnungen ungeachtet, von diesem lasterhaften Leben nicht abgelassen; so soll es der Frau nicht nur erlaubt seyn, aus diesem Grunde die Ehe aufzuheben, sondern auch die dos und donatio propter nuptias an sich zu nehmen; überdem aber soll sie für die ihr angethane Schmach noch aus dem übrigen Vermögen des Mannes, soviel als der dritte Theil am Werthe der donatio propter nuptias beträgt, und zwar, wenn sie keine Kinder von ihm hat, von der donatio propter nuptias, und dem zur Strafe ihr noch obendrein zu gebenden dritten Theile das volle Eigenthum, wenn sie aber Kinder hat, blos den Nießbrauch bekommen, das Eigenthum aber den

Kindern erhalten werden. Justinian sagt nämlich in der angeführten Novelle Kap. IX. §. 5.

Si maritus in eadem domo, in qua cum uxore sua habitat, illa contemta, cum alia in eadem domo manere inveniatur, vel cum in eadem urbe habitet, in alia domo cum alia muliere assidue manere probetur, et semel atque iterum vel a suis, vel ab uxoris parentibus, vel aliis personis fide dignis reprehensus, a luxuria illa non abstineat; liceat mulieri propter hanc etiam causam matrimonium dissolvere, *datamque dotem et donationem propter nuptias recipere, et pro contumelia illa tertiam partem pretii, quam donatio propter nuptias afficit, ex reliqua illius substantia accipere:* ita tamen, ut si liberos habeat, mulier solo usufructu rerum, quas ex donatione ante nuptias, et poena tertiae partis substantiae mariti accipit, fruatur, dominio communibus liberis servando. Si enim liberos ex eodem matrimonio non habeat, iubemus, ut ipsa illarum etiam rerum dominium habeat.

In allen übrigen Fällen, wo keine besondern Strafen bestimmt sind, erhält die Frau ihre dos zurück, und kann die donatio propter nuptias fordern, und zwar erhält sie die letztere, wenn keine Kinder vorhanden sind, zum vollen Eigenthume, sonst aber nur zum Nießbrauche. So heißt es im Anfange des 9. Kapitels:

Causae vero, ob quas marito repudium ab uxore iuste mitti, et ex quibus ipsa *dotem accipere*, atque *donationem propter nuptias exigere potest*, ita ut liberis similiter dominium donationis serve-

tur, vel si liberi non extent, ipsa quoque dominium illius habeat, has solas esse sancimus.

Nächst der Novelle *CXVII.* ist nun noch eine andere Novelle merkwürdig. Es ist die Novelle *CXXXIV.* vom Jahre 566. In dieser bestimmte Justinian

1) die Strafen der Ehescheidung im Falle eines begangenen adulterium. Es heißt nämlich Cap. X. nach Homberg:

Si quando adulterii crimen manifeste probatum fuerit: illas poenas peccantibus infligi iubemus, quas CONSTANTINUS piae memoriae definivit: illi quoque, qui intervenerunt, aut ministri tam impii criminis fuerunt, easdem poenas sustineant. *Ex substantia autem* ADULTERI, si uxorem habet, *dos et donatio ante nuptias, vel portio legis nostrae ei servetur, si dotalia instrumenta secuta sint* [12]. *Reliquam vero eius substantiam, si quidem descendentes vel ascendentes adsint, usque ad tertium gradum, illi secundum ordines et gradus capiant.* Sin autem nulli ex iis adsint, eam *fisco* adiudicari iubemus. *Mulier* vero ADULTERA *competentibus poenis subiecta in monasterium coniiciatur.* Et si vir *intra biennium* eam recipere voluerit, damus illi potestatem id faciendi, illique cohabitandi, ita ut nullum periculum inde metuat, nec matrimonium per ea, quae medio tempore facta sunt, laedatur. Elapso autem praedicto tempore, vel marito, antequam

12) Hier hat wohl die Vulgata richtiger: *si dotalia instrumenta* NON *subsecuta sunt.* Auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 314. haben: *εἰ προϊκῶα συμβολαια μὴ παρηκολούθησαν.*

mulierem recipiat, mortuo, iubemus, ut ea tondeatur, habitumque monachicum suscipiat, et per omne vitae suae tempus in illo monasterio habitet. *Si descendentes habeat, duas illi partes substantiae eius accipiant*, secundum ordinem legum dividendas: *tertia vero pars monasterio, in quod coniicitur, detur.* Si descendentes non adsint, sed *ascendentes* inveniantur, qui in hoc facinus non consenserunt, *quatuor illi uncias*, secundum legum ordinem dividendas accipiant: *octo vero uncias monasterio dentur, in quod mulier illa includitur.* Si nec ascendentes nec descendentes habeat, vel ascendentes illi impietati consenserint, *omnem eius substantiam monasterium accipiat.* Atque hoc observetur, ut in omnibus casibus *quod dotalibus instrumentis inserta* marito serventur.

Zuvörderst bestätigt hier K. Justinian in Rücksicht der Strafen des Ehebruchs die Constitution des Kaisers Constantinus [13]). Es war die Strafe des Schwerdts, welche in den Institutionen [14]) unrichtig der *Lex Iulia* de adulteriis coercendis zugeschrieben wird [15]). Jedoch behielt Justinian nur bey dem Ehebrecher die Todesstrafe bey. Was aber die Vermögensstrafen anbetrifft, so soll 1) der Ehebrecher, wenn er eine Frau hat, derselben, mit der dos, auch die donatio propter nuptias herausgeben, oder, wenn keine bestellt worden ist, soll sie den vierten Theil des Vermögens erhalten, wie dieses in den früheren Gesetzen bestimmt ist, sofern nicht etwa in

13) *L. 30. C. de adulteriis.* (IX. 9.)

14) §. 4. *I. de public. iudic.*

15) S. den 26. Th. §. 1262. S. 521. Not. 18.

den Eheverträgen auf den Fall der Trennung der Ehe ein Anders ist festgesetzt worden. Das übrige Vermögen aber sollen, wenn Descendenten oder Ascendenten vorhanden sind, diese, jedoch nur bis zum dritten Grade, erhalten. Sind aber deren keine vorhanden, so soll dieses Vermögen dem Fiscus zugesprochen werden.

2) Die Ehebrecherin aber soll ins Kloster gesteckt werden. Wenn Justinian sagt: competentibus poenis subiecta, so erklärt man dieses gewöhnlich so, dass sie zuvor mit Ruthen gehauen werden soll [16]). Diese Erklärung scheint auch die alte lateinische Version zu bestätigen, in welcher es heißt: Adulteram vero mulierem, *competentibus vulneribus* subactam, in monasterium mitti. Dieser entspricht denn auch die daraus excerpirte *Authentica* Sed hodie *Cod. ad Legem Iuliam de adulteriis.* Sed hodie *adultera verberata* in monasterium mittatur. Allein jene Uebersetzung beruhet auf einer ganz unrichtigen Lesart, wie schon längst Peter Faber [17]), und Carl Annibal Fabrotus [18]) erwiesen haben. In den bessern Handschriften der Novellen heißt es nicht: ταῖς προσηκούσαις πληγαῖς, sondern ποιναῖς, welche Lesart nicht nur durch die Basiliken [19]), sondern auch durch des Patriarchen Photius Nomocanon, Tit. XI. Cap. 1. [20]) bestärkt wird.

16) S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 257.

17) Semestrium. Lib. III. Cap. 22. pag. 356 sqq.

18) Exercitat. XII. ad L. Transigere 18. Cod. de Transact. in *Ev.* Ottonis Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 1226 sq.

19) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 1. pag. 314.

20) In Justelli Biblioth. iuris canonici veteris. Tom. II. pag. 1080.

Ist also nach der richtigern Lesart des griechischen Textes [21]) die Hombergkische Uebersetzung: Mulier vero adultera, *competentibus poenis* subiecta, in monasterium coniiciatur, der Vulgata vorzuziehen; so entsteht nun die Frage, welche Strafen hier gemeint sind? Faber [22]), dem auch Fabrot [23]) beystimmt, versteht darunter nicht Ruthenhiebe, denn dieser Strafe geschieht erst nachher Kap. 12. bey dem erschwerenden Falle Erwähnung, wenn der des Ehebruchs wegen angeklagte Theil durch Bestechung des Richters, oder auf eine andere Art, sich der gesetzlichen Strafe zu entziehen gesucht hätte [24]); sondern beyde Rechtsgelehrten erklären sie von den Strafen, welche Justinian in der Novelle *CXVII.* Kap. 8. bestimmt hat, die also bey der ehebrecherischen Frau in dem Verlust des Heyrathsguts, und der donatio propter nuptias, und außerdem noch in dem Verlust eines Theils ihres übrigen Vermögens besteht, welcher soviel, als ein Drittel der dos, beträgt. Das Neue, was Justinian hier verordnet hat, betrifft also blos die bey der Ehebrecherin gemilderte Strafe des Ehebruchs,

21) Noch einen Beweis enthält das Scholium des Theodor Balsamon ad Photii *Nomocanon* Tit. I. Cap. 32. apud Justellum pag. 854. wo die *Nov.* 134. mit folgenden Worten angeführt wird: Τὴν *μοιχευθεῖσαν γυναῖκα ταῖς προσηκούσαις ὑποβαλλομένειν ποιναῖς ἐν μοναστηρίῳ ἐμβάλλεσθαι.*

22) Cit. loc. pag. 357.

23) Cit. loco pag. 1226.

24) Daß ausser diesem erschwerenden Falle das Einsperren ins Kloster mit keiner Züchtigung verbunden gewesen, hat *Petr.* Faber Semestrium Lib. III. Cap. 22. pag. 354 sq. gezeigt.

bey welcher die Todes-Strafe, die nur beym Ehebrecher Statt finden soll, in das Einsperren ins Kloster [25]) verwandelt worden ist, aus welchem sie aber auch der Mann, wenn er sich wieder mit ihr aussöhnen will, binnen zwey Jahren befreien, und die Ehe, ohne allen Vorwurf eines Lenociniums [26]), mit ihr fortsetzen kann. Nur dann erst, wenn binnen dieser Zeit keine Befreiung erfolgt ist, soll die Ehebrecherin als Nonne eingekleidet, und für ihre ganze Lebenszeit ins Kloster eingesperrt werden. Julian in seinem Novellen-Auszuge gedenkt nur dieser Einsperrung der Ehebrecherin ins Kloster, ohne die competentes poenae weiter zu erwähnen, vermuthlich weil er sie aus den vorhergehenden Novellen als bekannt voraussetzte.

25) Damit jedoch die heiligen Jungfrauen, die sich aus Frömmigkeit dem Klosterleben gewidmet hatten, durch den Umgang mit den lasterhaften Weibern, die zur Strafe in das Kloster waren gesteckt worden, nicht verführt werden möchten; so hatten letztere mit jenen kein gemeinschaftliches refectorium noch dormitorium, sondern sie wurden zu denen gerechnet, die man *conversae sorores* nannte, und sie erhielten auch nicht die eigentliche Kleidung der Nonnen, sondern nur die der Novizen. *Cap.* 33. *X. de sentent. excommunicat. Cap.* 20. 21. *et* 23. *X. de regularib.* S. *Pet.* Fabri Semestr. Lib. III. cap. 21. pag. 347. Justinian ließ daher auf Anrathen des röm. Bischofs Pelagius ein eigenes Strafkloster erbauen, welches man *μετάνοια τῶν γυναικῶν*, poenitentia feminarum nannte, wie Faber c. l. pag. 339. aus einer Stelle des Procopius bewiesen hat.

26) Hierdurch ist also dem ältern Recht, der *L.* 2. §. 2. *D. ad Leg. Jul. de adulter. coercend.* und der *L.* 9. und *L.* 17. *C. eodem.* derogirt worden.

Allein viele Rechtsgelehrten [27]) sind anderer Meinung. Die Vergleichung beyder Novellen, sagt man, zeige deutlich, daß die Nov. 134. der Novelle 117. derogire. Denn der dem Ehemann in der letztern zugesprochene Brautschatz werde ihm in jener wieder entzogen, und ihm blos die in den Eheverträgen zugesicherten Vortheile vorbehalten. Das Vermögen der Ehebrecherin solle theils den Verwandten, theils dem Kloster zufallen, und zwar dem letztern das ganze Vermögen, (omnis substantia) wenn keine Verwandten vorhanden sind, eine Bestimmung, die von selbst alle Theilnahme des Ehemannes ausschließe, so wie der Ausdruck — omnis substantia, auch in den folgenden Kapiteln 11. 12. und 13. der Novelle 134. genommen werde. Man will es sogar einem Einfluß der Kaiserin Theodora, der in dieser ganzen Gesetzgebung zu bemerken seyn soll, zuschreiben, wodurch Kaiser Justinian soll bewogen worden seyn, dem Ehemann den Verlust des Brautschatzes als Strafe aufzulegen, wenn er, binnen der ihm dazu bewilligten Frist, seine reuige Gattin nicht wieder aus dem Kloster heimgeführt hat. Aber auch davon abgesehen, so liefere schon der Eingang des Gesetzes einen sprechenden Beweis, daß Justinian eine Abänderung haben treffen wollen. Denn dieser zeige, daß Justinian die frühere Verord-

27) S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de privatione dotis et succes. statutar. ex capite adulterii. Cap. I. §. 19 et 20. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. IV. pag. 798. sq.) Mevius T. II. P. VII. Decis 162. not. 1. Schott Einleitung in das Eherecht §. 225. Not. **). Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 493. not. a) et d). und besonders A. F. Freyh. von Ende vermischte juristische Ausführungen. (Hannover 1816. 4.) Nr. I.

nung des Kaisers Constantin des Großen wieder habe herstellen wollen. Dieses Gesetz habe aber nur die öffentliche Genugthuung, nicht die Entschädigung des beleidigten Ehegatten zum Zweck gehabt. Daher habe es nicht diesem, sondern dem Fiscus das Heyrathsgut zugesprochen. Nothwendig habe also auch Justinian seine eigne Verordnung, die Novelle 117. aufheben müssen, die den Ehebruch nur aus dem Gesichtspuncte einer dem Ehemanne widerfahrnen Kränkung betrachtet, und ihm, zur Vergütung, den Brautschatz zugesprochen habe. Zwar weiche die 134. Novelle von Constantins Verordnung darin ab, daß sie nicht dem Fiscus, sondern den Blutsverwandten und dem Kloster das Vermögen der Ehebrecherin zueigne. Allein theils zeige gerade diese einzige Abänderung, daß es in allen übrigen Puncten bey Constantins Verordnung bleiben solle, theils sey die Wirkung in Rücksicht des Ehemannes die nämliche, er werde in jedem Falle von der Theilnahme an der dos ausgeschlossen, es möge der Fiscus oder das Kloster dieselbe erhalten. Endlich zwecke auch der am Schluß der Novelle zu Gunsten des Ehemannes hinzugefügte Vorbehalt der ihm in den Ehepacten zugesicherten Vortheile mehr auf eine Einschränkung, als auf eine Erweiterung seiner Befugniße ab.

Es fragt sich also, ob die Verordnung der Nov. CXVII. Kap. 8. nach welcher der schuldige Ehegatte, im Falle eines begangenen Ehebruchs, an den unschuldigen Theil, wenn keine gemeinschaftlichen Kinder vorhanden waren, ausser der dos oder der donatio propter nuptias, auch von seinem übrigen Vermögen noch soviel verlieren soll, als der dritte Theil der dos oder der donatio propter nuptias ausmacht, durch die jüngere

Nov. CXXXIV. wirklich wieder aufgehoben worden? War es also wirklich Justinians Meinung, daß wenn die ehebrecherische Frau ins Kloster gesteckt wird, und der Mann sie nicht wieder zurückverlangt, er auf ihr Heyrathsgut keinen Anspruch haben, sondern sich nur mit den ihm etwa in den pactis dotalibus zugesicherten Vortheilen begnügen solle? Cujaz [28]), Anton Matthäi [29]) und mehrere andere angesehene Rechtsgelehrten [30]) läugnen dieses aus überwiegenden Gründen. Soviel ist Erstens richtig, daß Justinian von einer solchen Abänderung ausdrücklich nichts sagt. Gehen wir nun hier von der Bemerkung aus, welche, wie schon Vinnius [31]), Wieling [32]) und mehrere andere [33]) gezeigt haben, auf die

28) Recitation. in Tit. Cod. de rei uxor. actione ad §. Taceat. in fine.

29) De criminibus ad Libr. XLVIII. Dig. Tit. III. Cap. III. nr. 2. pag. 588. sq. (*Vesaliae* 1672. 4).

30) *Eman.* Gonzalez Tellez Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. ad Cap. 4. de de donat. int. Vir. et Uxor. pag. 297. *Walfg. Ad.* Lauterbach Colleg. th. pract. ad Pand. P. II. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 17. in fin. Berlich Conclusion. practicab. P. IV. Concl. XXIX. nr. 4. sqq. *Pet.* Gudelinus de iure novissimo. Lib. V. Cap. 18. §. *Praeter eas poenas.* Wissenbach Comment. ad L. 8. C. de Repudiis. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. XXIV. Tit. 3. Qu. 3. und *Aug. Frid.* Schott Diss. de uxore desertrice dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. *Lips.* 1779. §. 9 et 10.

31) Select. iur. Quaestion. Lib. II. cap. 20 et 21.

32) Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. pag. 254.

33) *S. Jos. Lud. Ern.* Püttmann Diss. de querela inofficiosi testam. fratribus uterinis haud concedenda.

richtige Auslegung der Justinianeischen Legislation den wichtigsten Einfluß hat, daß Justinian nie Etwas aus dem ältern Rechte, am wenigsten aber eine seiner eignen Verordnungen abzuändern pflege, ohne das von ihm aufgehobene Recht ausdrücklich zu erwähnen; so ist dieses allein schon Grund genug, ein entgegengesetztes Resultat zu begründen. Justinian sagt es bey einer andern Gelegenheit[34]) ausdrücklich: Quidquid lege nova specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant. Diese Regel muß hier um so mehr gelten, weil Justinian im Anfange des 10. Kap. der 134. Novelle, wo er von der Bestrafung des Ehebrechers handelt, und diesem die vom K. Constantin bestimmte Strafe aufzuerlegen befiehlt, ausdrücklich sagt, daß die Frau aus seinem Vermögen, ausser ihrer dos, auch die donatio propter nuptias, und noch überdieß den von ihm gesetzlich bestimmten Theil erhalten solle, wofern nicht in den instrumentis dotalibus ein Anders ist festgesetzt worden. Da nun Justinian durch dieses Gesetz nur die Strafe des Ehebruchs bey der Frau zu mildern, und die Todesstrafe mit der Einsperrung ins Kloster zu vertauschen die Absicht hatte[35]); so kann unter den competentibus

(*Lipsiae* 1761.) Cap. II. §. 2. und Desselben Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 7. pag. 62. Man vergleiche meine Opusc. iurid. Fascic. I. pag. 111. aq.

34) *L.* 32. *in fin. Cod. de appellat.*

35) Daß vor Justinian die Ehebrecherin sogut, wie der Ehebrecher, mit dem Tode bestraft worden sey, erhellet aus Ammianus Marcellinus *Rer. gestar.* Lib. XXVIII. Cap. 1. S. *Pet.* Fabri Semestrium Lib. III. cap. 21. pag. 332.

poenis gewiß nichts anders zu verstehen seyn, als was Justinian in dem Falle, da die Frau des Ehebruchs überwiesen ist, zur Bestrafung derselben in der *Nov. CXVII. Cap.* 8. §. 1. verordnet hat, nämlich daß der Mann, mit der donatio propter nuptias, auch die dos, und wenn keine Kinder vorhanden sind, aus dem übrigen Vermögen derselben noch soviel erhalten solle, als der dritte Theil des Heyrathsgutes beträgt. Denn der Ausdruck: *competentes poenae* bezeichnet doch wohl nichts anders, als die gebührenden, die gesetzlich bestimmten Strafen; und diese konnte ja der Gesetzgeber hier aus seinen früheren Gesetzen mit Recht als bekannt voraussetzen. Hätte Justinian in diesem Falle dem Ehemann die Vortheile entziehen wollen, welche er ihm in den früheren Gesetzen zugesichert hatte; so würde er gewiß eine so wichtige Abänderung deutlicher ausgedruckt haben. Genau erwogen, ist auch gar nicht einzusehen, warum gerade der Mann deterioris conditionis seyn sollte, als die Frau. Justinian würde hier seinen Character verläugnen, der sich in allen seinen früheren Verordnungen ausspricht, in welchen er die Vermögensstrafen bey Ehescheidungen immer so bestimmt hat, *ut ex utraque parte* AEQUA LANCE *et aequitas et poena servetur*, wie er sich in der *L.* 11. §. 1. *Cod. de repudiis* selbst ausdruckt. Daß Justinian vielleicht den Mann habe bestrafen wollen, wenn er die Frau nicht binnen zwey Jahren aus dem Kloster zurückverlangt, ist lächerlich. Wer könnte dieses mit den Worten: Et si vir *intra biennium* eam recipere voluerit, *damus illi potestatem id faciendi, illique cohabitandi*, ita ut nullum periculum inde metuat, vernünftiger Weise vereinigen? Was dem Ehemann von dem Gesetz erlaubt wird, ohne sich eines sonst zu Schulden bringenden Ver-

brechens theilhaftig zu machen, kann ihm ja nicht zur Strafe angerechnet werden, wenn er sich der gesetzlichen Erlaubniß nicht bedient, zumal da das Gesetz selbst keiner Strafe gedenkt. Auch die Schlußworte des 10ten Kapitels können nicht zum Gegenbeweis dienen. Denn wenn es daselbst heißt nach Homberg: Atque hoc observetur, *ut in omnibus casibus pacta dotalibus instrumentis inserta marito serventur*; so sind diese Worte keinesweges so zu verstehen, als sey dem Ehemann nur die Befugniß beygelegt, die ihm etwa in den Eheverträgen zugesicherten Vortheile zu fordern. Nein, sie haben vielmehr denn Sinn: so wie der Frau in dem Falle, da der Mann einen Ehebruch begangen hat, die Vortheile verbleiben sollen, welche ihr in den Eheverträgen sind zugesichert worden; so soll dieses auch bey dem Mann beobachtet werden, so daß also in jedem Falle der unschuldige Theil, ausserdem was ihm das Gesetz zusichert, auch noch die Vortheile genießen solle, welche in den Dotalverträgen bedungen worden sind. Der einzige noch einigermassen erhebliche Grund für die entgegengesetzte Meinung wäre allenfalls der, daß in dem ersten Falle, wo von dem Ehebruche des Mannes die Rede ist, des übrigen Vermögens (reliqua substantia) desselben ausdrücklich gedacht, und in Ansehung desselben verordnet werde, daß solches den Descendenten oder Ascendenten bis zum dritten Grade zufallen, oder, wenn keine derselben vorhanden sind, dem Fiskus zugesprochen werden solle; in dem andern Falle aber, da von dem Ehebruche der Frau die Rede ist, verordnet worden sey, daß wenn die Frau weder Ascendenten noch Descendenten hat, das Kloster omnem eius substantiam erhalten solle. Allein auch dieser Grund ist leicht zu widerlegen. Denn daß darunter nur das ganze Vermögen zu verstehen sey,

welches nach Abzug deſſen, was dem Manne nach den Geſetzen gebührt, übrig iſt, erhellet theils ſchon daraus, weil ja dem Manne auf jeden Fall die Vortheile verbleiben ſollen, welche ihm in den ſchriftlichen Dotal-Verträgen ſind zugeſichert worden, theils ſetzt dieſes auch die Novelle *CXVII.* Kap. 13. auſſer allem Zweifel. Hier heißt es:

Quoniam vero mulieres quaedam vel mariti *inhoneste* vivere volentes, matrimonia sua solvere *student*, sancimus, ut si forte *mulier quaedam* sine aliqua ex dictis causis matrimonium cum coniuge solvere velit, id faciendi potestatem non habeat. Si vero in tam impio proposito permaneat, et repudium viro mittat, iubemus, *ut dos quidem marito detur*, liberis communibus secundum leges servanda, (*si vero liberos non habeat, viri sit lucrum*) mulier autem periculo iudicis, qui causam cognoscit, Episcopo urbis, in qua commune domicilium habuerunt, tradatur, ut illius cura in monasterium coniiciatur, in eoque per omnem vitam suam permaneat. Ac siquidem mulier illa liberos habeat, duae partes substantiae eius liberis dentur, tertia vero pars monasterio, in quod coniicitur, dominii iure applicetur. Si nullos liberos, sed parentes habeat, duae quidem partes substantiae eius praebeantur monasterio, in quod coniicitur, tertia vero pars parentibus illius detur, nisi si, cum eam in potestate haberent, de iniusto repudio consenserunt. Quando enim in hoc consenserunt, nihil eos plane ex substantia filiae habere permittimus, sed omnia sacro monasterio applicari volumus. Si nec

liberos, nec parentes habeat, similiter TOTA eius SUBSTANTIA ad monasterium pertinat.

Hier soll nun, wenn weder Kinder noch Eltern da sind, das ganze Vermögen der Frau, welche der schuldige Theil ist, dem Kloster, in welches dieselbe gesteckt werden soll, zufallen, gerade so, wie es auch in der *Nov. CXXXIV. Cap.* 10. [36]) heißt, und doch wird dem unschuldigen Mann das Heyrathsgut der Frau ausdrücklich zugeeignet, welches ihm, wenn keine Kinder da sind, auch dem Eigenthume nach verbleiben soll. Es leuchtet also in die Augen, daß unter der tota substantia nur das ganze übrige Vermögen, ausser dem Heyrathsgute, verstanden werden kann [37]). So rechtfertiget sich denn auch

36) In der *Nov. CXXXIV. Cap.* 10. heißt es: *εἰ δὲ μήτε κατιόντας μήτε ἀνιόντας ἔχοι, — πᾶσαν αὐτῆς τὴν οὐσίαν λαμβάνειν τὸ μοναστήριον*; und fast eben so in der *Nov. CXVII. Cap.* 13. *μήτε δὲ παίδων, μήτε γονέων ὄντων αὐτῇ, πᾶσαν ὁμοίως τὴν αὐτῆς περιουσίαν τῷ μοναστηρίῳ προσήκειν.*

37) Eben so hatte auch schon Accursius in Glossa ad L. §. §. 5. Cod. de repud. den Ausdruck *omnis substantia* in der Nov. 134. erklärt, wenn er sagt: Illud intellige de alia substantia, *praeter dotem.* Daß das Wort *omnis, omne* in unsern Gesetzen oft eine einschränkende Bedeutung hat, welche secundum ea, quae proponuntur, ihre bestimmte Erklärung erhält, und erhalten muß, ne sequatur absurdum, vel absonus intellectus, hat schon *Jo.* Strauch in Lexico particularum iuris Voc. *Omnis* bemerkt, und *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 18. hat dieses aus mehreren Beyspielen erwiesen, welcher dabey die treffliche Bemerkung macht: *Sed quae καθόλου proferuntur, saepe vera non esse, nisi κατα τὶ*

die Erklärung des Agyläus [38]), wenn er sagt: Ex bonis eius (sc. *adulterae*) secundum pacta nuptialia, et quod alibi (*Nov. CXVII.*) statutum est, maritus habeat. Die Richtigkeit dieser Erklärung wird aber noch vorzüglich theils durch eine spätere Verordnung des Kaisers Leo des Philosophen, theils durch das Canonische Recht bestärkt. Der Kaiser Leo verordnete nämlich in der Novelle XXXII. daß, statt der Todesstrafe, die Justinian noch bey dem Ehebrecher bestätigt hatte, beyden, dem Ehebrecher, wie der Ehebrecherin, die Nase abgeschnitten, und der unschuldige Ehemann, als Ersatz für die ihm zugefügte Kränkung, den Brautschatz seiner ehebrecherischen Frau erhalten solle. Daß Leo hier nichts Neues habe einführen wollen, sondern das schon vorher üblich gewesene Recht nur bestätiget habe, läßt sich ohne Schwierigkeit erweisen. Er sagt ja selbst in seiner Constitution nach der Uebersetzung des Agyläus: Verumtamen quia, cum olim id facinus (*adulterii scelus*) morte puniretur, *visum est* POSTERIORIBUS *mitiorem proferre sententiam:* ac vero nos fere ad benigniora trahimur, *quam* ILLI *constituerunt poenam*, ut nempe *nasus detestandis illis ambobus abscindatur,*

*et pro subiecto argumento, in scholis Rhetorum discimus. Nec aliter etiam sapiant ICti, apud quos loquutiones generales, ne falsae sint, saepe sunt restringendae ad speciem propositam, saepe ibi eundum est in rem praesentem, et inde temperanda oratio, quae ceteroquin et ad alia pertinere videbatur.*

38) Libr. singular. ad ea, quae in Novellis Iustiniani Constitutionibus ius civile attingunt. Const. CXXXIV. (in *Car. Frid.* Zeppernick Delectu Scriptor. Novellas Iustiniani Imp. earumque historiam illustrant. pag. 152.

*hanc et nos statuimus:* atque haec quidem nefarii istius sceleris esto poena. Leo wollte also nur, daß der Ehebrecher nicht härter, als die Ehebrecherin bestraft werden sollte [39]). Daß aber auch die Verordnung des Kaisers Justinian, nach welcher der Ehemann das Heyrathsgut seiner ehebrecherischen Ehefrau, und noch ein Drittel desselben mehr aus ihrem übrigen Vermögen zu seiner Genugthuung erhalten solle, weder von ihm selbst, noch von einem seiner Nachfolger je aufgehoben worden sey, erhellet daraus, weil der Patriarch Photius zu Constantinopel in seinem Nomocanon, in welchem er die Kirchengesetze mit den harmonirenden Gesetzen der christlichen Kaiser in Kirchensachen unter 14 Titeln zusammengestellt hat, die Novelle *CXVII.* des Kaisers Justinian Tit. XIII. Cap. 4. [40]) wörtlich aufgenommen, ja die Strafe des Verlusts des Heyrathsguts ausdrücklich mit der Einsperrung ins Kloster verbunden hat. Und dieser Photius war Lehrer des Kaisers Leo, der ihn in der Rechtskunde unterrichtet hat [41]). Eben so führt auch Constantinus Harmenopulus in seinem Προχειρον Νομων, oder *Promptuario iuris* Lib. VI. Tit. 2. [42]) nicht nur §. 14. die Verordnung des Kaisers Leo, son-

39) S. *Pet.* Fabri Semestr. Lib. III. cap. 21. pag. 339. und *Car. Fr.* Zepernick ad *Beckii* libr. sing. de Novellis Leonis. Cap. I. §. 6. Not. 5. pag. 65.

40) In Justelli Bibliotheca iuris canonici vet. pag. 1096.

41) S. *Car. Frid.* Zepernick Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionibus, inprimis Novellis Leonis Sapientis. Sect. I. §. 1. in Mantissa Commentationum *Beckii* libro de Novellis Leonis adject. pag. 209. sqq.

42) In Supplemento Thes. Meermaniani. (*Hagae Comit.* 1780. f.) pag. 336.

dern auch nachher die Verordnung des Kaisers Justinian aus der *Nov. CXVII. Kap.* 8. wörtlich an. Zwar schaltet er nach jener Verordnung des Leo §. 15. die Bemerkung ein: Magister autem dicebat, *uxoris adulterae virum nequaquam dotem lucrari*, sed si ipsa habeat liberos, eos dotis bessem consequi, reliquum trientem monasterio, in quod detruditur, cedere. Si vero liberos non habeat, monasterium quidem bessem, ascendentes autem trientem percipere, nisi sceleri opem tulerint. Allein der Magister sey hier, wer er wolle; so erscheint offenbar diese Stelle als eine bloße schriftstellerische Nebenbemerkung von Harmenopulus, worauf er auch selbst gar keine weitere Rücksicht genommen hat, noch nehmen konnte, weil ja in beyden von ihm angeführten Verordnungen das Heyrathsgut der ehebrecherischen Ehefrau dem unschuldigen Ehemann ausdrücklich zugesprochen wird. Denn in der unmittelbar vorher §. 14. von ihm angeführten Verordnung des Kaisers Leo heißt es ausdrücklich nach der Reitzischen Uebersetzung: et maritus hoc habeat solatii pro huiusmodi iniuria, *ut dotem mulieris*, quae circa connubialia iura impia fuit inventa, *capiat*, ipsa autem monasterio includatur pro scelere, quod ausa fuit.

Unsere Erklärung wird endlich auch noch durch das Canonische Recht bestärckt. In einer Verordnung des Pabstes Clemens *III.* — *Cap. 4. X. de donationib. inter vir. et uxor.* heißt es:

Plerumque accidit etc. In hoc casu itaque dicimus, quod si mulier *ob causam fornicationis* iudicio ecclesiae, aut propria voluntate a viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, — *dotem vel dotalitium suum repetere non valebit.*

Allein man unterscheide bey den Privationsstrafen der Ehescheidung, was die Gesetze blos im Falle des Ehebruchs ausnahmsweise verordnet haben, von den Strafen, die bey jeder Ehescheidung den schuldigen Theil treffen. Zu den Strafen der Ehescheidung, welche die Gesetze blos im Falle des Ehebruchs ausnahmsweise bestimmt haben, gehört, daß der Ehemann, wenn er der schuldige Theil ist, der Frau nicht nur ihr eingebrachtes Heyrathsgut zurückgeben, sondern ihr auch noch die donatio propter nuptias, und, wenn keine Kinder vorhanden sind, aus seinem übrigen Vermögen noch soviel überlassen muß, als ein Drittheil der donatio propter nuptias beträgt; die Frau aber, wenn sie die Scheidung durch Ehebruch verursacht hat, außer dem Verlust ihres eingebrachten Heyrathsguts und der donatio propter nuptias, dem unschuldigen Manne aus ihrem übrigen Vermögen noch soviel abtreten muß, als der dritte Theil ihrer dos ausmacht [45]). Diese Schärfung der Ehescheidungsstrafen durch den gesetzlich bestimmten dritten Theil aus dem übrigen Vermögen des schuldigen Ehegatten ist blos der Scheidung wegen des Ehebruchs eigen, und darf nicht auf irgend einen andern Fall einer verschuldeten Ehescheidung ausgedehnt werden, wie auch schon Pufendorf [46]) sehr richtig bemerkt hat. Was hingegen die gemeinen Strafen der Ehescheidung anbetrifft, welche blos in dem Verlust des Heyrathsguts, oder der donatio propter nuptias bestehen; so treten diese ein, die Scheidung sey wegen begangenen Ehebruchs, oder wegen einer andern Verletzung der ehelichen Treue z. B. durch bösliche

45) *Nov. CXVII. Cap.* 8. §. 2. *et Cap.* 9. §. 4. *et* 5.

46) Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 240. §. 3.

Verlassung oder Lebensnachstellung, oder hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht, u. d. geschehen. Denn die Gesetze bauen den Grund der Privation im allgemeinen auf die culpa des schuldigen Theils, wie aus folgenden Gesetzstellen klar erhellet.

*L.* 24. *C. de iure dot.* Impp. Diocletet Maxim. *Aurelio et Lysimacho.* Si dotem marito libertae vestrae dedistis, — hanc, *culpa uxoris dissoluto matrimonio*, penes maritum remansisse constitit.

*L.* 8. §. 4. *Cod. de repudiis.* Impp. Theodos. et Valentin. AA. *Hormisdae* PP. Haec nisi vir et mulier observaverint, ultrice providentissimae legis poena plectentur. Nam *mulier*, si contemta lege repudium mittendum esse tentaverit, *suam dotem, et ante nuptias donationem amittat.* — §. 5. *Virum* etiam, si mulierem interdicta arguerit attentantem, *tam dotem, quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare*, uxoremque si velit statim ducere, hac iusta definitione sanximus. Sin autem aliter uxori suae renunciare voluerit, *dotem redhibeat, et ante nuptias donationem amittat.*

*L.* 11. §. 1. *Cod. eodem.* Imp. Justinianus *Hermogeni*, Magistro officiorum. Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, a coniugio suo repellere voluerit: non aliter ei hoc facere liceat, *nisi talis culpa intercesserit, quae nostris legibus condemnatur.* Si vero *sine culpa* eam reiecerit, vel ipse *talem culpam* contra innocentem mulierem commiserit: compellatur ei quartam partem propriae substantiae pro rata portione persolvere: — Eodem modo servando et in *mulieri-*

*bus*, quae indotatae constitutae, si *sine culpa mariti* constitutionibus cognita eos repudiaverint, vel ipsae *culpam* innocenti marito praebuerint: ut ex utraque parte aequa lance, et aequitas et poena servetur. — §. 2. Inter culpas autem viri et uxoris constitutionibus enumeratas, et has adiicimus, *si forte uxor sua ope vel industria abortum fecerit*, etc. — et in his enim casibus locum habere constitutiones samcimus, *quae de culpa tam mariti quam uxoris loquuntur: ut quemadmodum dos. vel donatio propter nuptias perit, ita et mulieres indotatae in quartam partem, quam et viris et mulieribus hac lege destinavimus, amissionis periculum sustineant.*

*Nov. CXVII. Cap.* 8. *pr.* Causam igitur, ex quibus *maritus* sine periculo repudium mittere, et *dotem mulieris lucrari potest*, ita ut dominium eius liberis eiusdem matrimonii servetur, aut liberis non extantibus, ipse etiam dominio fruatur, has esse decernimus.

Unter diesen Ehescheidungssachen, mit welchen der Verlust des Heyrathsguts verbunden ist, wird nun §. 3. ausdrücklich auch die angeführt:

Si quocunque modo *mulier vitae mariti insidietur*, vel aliis hoc facientibus conscia, id viro non indicaverit.

Und §. 5. Si nolente marito *extra domum*, nisi forte apud parentes suos, maneat.

*Nov. CXVII. Cap.* 9. *pr.* Causae verò, ob quas marito repudium ab uxore iuste mitti, *et ex qui-*

*bus ipsa dotem accipere, atque donationem propter nuptias exigere potest*, ita ut liberis similiter dominium donationis servetur, vel si liberi non extent, ipsa quoque dominium illius habeat, has solas esse sancimus.

Unter diesen Ursachen geschieht nun auch wieder §. 2. der Lebens-Nachstellung ausdrücklich Erwähnung.

Aut si *quocunque modo maritus vitae uxoris insidietur*, aut cum alios hoc velle sciret, id uxori non indicaverit, nec secundum leges vindicare voluerit.

Vorzüglich gehört jedoch noch hierher das 13. Kap. derselben Nov. 117. welches schon oben wörtlich angeführt worden ist.

Diese Meinung hat denn auch das Ansehen der meisten sowohl theoretischen als practischen Rechtsgelehrten [47]) für sich.

47) *Gebh. Christ.* Bastinellen Diss. de uxoris iactura dotis, si maritum deserit malitiose. *Vitemb.* 1755. *Ge. Zach.* Winckler Diss. de bonis uxoris malitiose desertricis, praes. *Jo. Gottl.* Siegel defensa. *Lipsiae* 1743. §. 8. sqq. *Aug. Frid.* Schott Dissert. de uxore desertrice dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. *Lips.* 1779. *Jo. Frid. Melch.* Kapff Diss. de effectu divortii quoad bona, praes. *Sixt. Jac.* Kapff def. *Tübingae* 1792. §. 3 — 10. *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 240. §. 1. *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer Observation. ad *Carpzovii* pract. nov. rerum crim. P. II. Qu. LVIII. Obs. 2. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 123. und Vol. V. Obs. 609. Leyser Me-

II. Finden die Privationsstrafen, welche die Gesetze im Falle eines begangenen Ehebruchs festgesetzt haben, auch dann Statt, wenn der Ehebruch nicht vollständig erwiesen ist, sondern nur aus dringenden Anzeigen vermuthet wird? Diese Frage ist nicht minder streitig. Viele Rechtsgelehrten [48]) verneinen sie aus dem Grunde, weil keine Strafe auf bloße Anzeigen erkannt werden könne, sondern einen vollständigen Beweis erfordere [49]); auch gar nicht folge, daß wenn die Scheidung wegen eines vermutheten Ehebruchs Statt findet, deswegen die Strafen der Scheidung nothwendig eintreten müßten. Denn die Scheidung an sich sey keine Strafe, sondern nur Aufhebung einer bürgerlichen Verbindung, daher werde zu dieser die Gewißheit des Verbrechens nicht so, wie zu einer

ditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIV. medit. 7. *Chr. Gottl.* Haubold. ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. I. Tit. III. Th. 10. not. t. pag. 135. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 495. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. Nr. II. und Thibaut System des Pand. Rechts, 1. B. §. 469.

48) Berlich Conclus. practic. P. IV. Concl. XXIX. nr. 52. Boehmer Consultat. et Decision Tom. I. Cons. CLXXI. Qu. 3. Hommel Rhaphod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 487. *Jo. Christ.* Francke Pr. de dote, in solutione matrimonii, ob adulterii suspicionem decreta, non retinenda. *Viteb.* 1810. Hennig vom Verluste des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung durch Ehebruch und böslicher Verlassung. 1. Th. §. 29. S. 129. und Schott im Eherecht. §. 225. Not. *.

49) *L.* 5. *D. de poenis. L.* 16. *Cod. eodem. S. Car. Frid.* Walch Diss. de verisimilitudine criminis. *Jenae* 1785. §. XII. sqq.

Strafe, erfordert, mithin sey der Schluß ganz unrichtig, was eine Ehescheidung begründet, müsse auch die auf die Scheidung gesetzten Strafen begründen. Ueberdies bleibe bey dem vermutheten Ehebruch immer noch die Möglichkeit übrig, daß der Ehebruch nicht geschehen sey; es scheine daher hart zu seyn, denjenigen, welcher des Ehebruchs blos verdächtig ist, eben so zu bestrafen, als den, welcher desselben völlig überwiesen ist.

Allein dieser Gründe ungeachtet verdient dennoch die bejahende Meinung, welche von den meisten [50]) vertheidiget wird, den Vorzug. Denn die Gesetze gründen die Strafe der Privation auf die Culpa des schuldigen Theils, wie bey der vorigen Frage ist ausgeführt worden. Lassen nun die Gesetze wegen starker Vermuthungen eines begangenen Ehebruchs die Scheidung zu, so muß auch die Strafe der Privation eintreten. Denn die Verletzung der ehelichen Treue ist die nämliche, es muß also auch gleiche Wirkung Statt finden. Der Satz, daß auf Vermuthun-

50) *Ant.* Matthaei Commentar. de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 3. Cap. 3. nr. 12. pag. 395. sq. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. XX. §. 3a. Leyser Meditation. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXIX. medit. 23. *Henr.* Brokes Select. Observat. forens. Obs. 152. *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Observation. select. ad Carpzovium. P. II. ad Quaest. LXIV. Obs. 1. Jo. Christ. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. Nr. LIV. S. 841 ff. (der 2. Aufl. Rostok und Leipz. 1787. 8.) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 495. *Car. Guil.* Sundheim Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. (*Giessae* 1790.) Cap. I. §. 4. Kapff Diss. cit. §. 2. und von Ende vermischte jurist. Ausführungen Nr. I. §. 33. S. 28 ff.

II. Finden die Privationsstrafen, welche die Gesetze im Falle eines begangenen Ehebruchs festgesetzt haben, auch dann Statt, wenn der Ehebruch nicht vollständig erwiesen ist, sondern nur aus dringenden Anzeigen vermuthet wird? Diese Frage ist nicht minder streitig. Viele Rechtsgelehrten [48]) verneinen sie aus dem Grunde, weil keine Strafe auf bloße Anzeigen erkannt werden könne, sondern einen vollständigen Beweis erfordere [49]); auch gar nicht folge, daß wenn die Scheidung wegen eines vermutheten Ehebruchs Statt findet, deswegen die Strafen der Scheidung nothwendig eintreten müßten. Denn die Scheidung an sich sey keine Strafe, sondern nur Aufhebung einer bürgerlichen Verbindung, daher werde zu dieser die Gewißheit des Verbrechens nicht so, wie zu einer

ditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIV. medit. 7. *Chr. Gottl.* Haubold. ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. I. Tit. III. Th. 10. not. t. pag. 135. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 495. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. Nr. II. und Thibaut System des Pand. Rechts, 1. B. §. 469.

48) Berlich Conclus. practic. P. IV. Concl. XXIX. nr. 52. Boehmer Consultat. et Decision Tom. I. Cons. CLXXI. Qu. 3. - Hommel Rhaphod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 487. *Jo. Christ.* Francke Pr. de dote, in solutione matrimonii, ob adulterii suspicionem decreta, non retinenda. *Viteb.* 1810. Hennig vom Verluste des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung durch Ehebruch und böslicher Verlassung. 1. Th. §. 29. S. 129. und Schott im Eherecht. §. 225. Not. *.

49) *L.* 5. *D. de poenis.* *L.* 16. *Cod. eodem.* *C. Car. Frid.* Walch Diss. de verisimilitudine criminis. *Jenae* 1785. §. XII. sqq.

Strafe, erfordert, mithin sey der Schluß ganz unrichtig, was eine Ehescheidung begründet, müsse auch die auf die Scheidung gesetzten Strafen begründen. Ueberdies bleibt bey dem vermutheten Ehebruch immer noch die Möglichkeit übrig, daß der Ehebruch nicht geschehen sey; es scheine daher hart zu seyn, denjenigen, welcher des Ehebruchs blos verdächtig ist, eben so zu bestrafen, als den, welcher desselben völlig überwiesen ist.

Allein dieser Gründe ungeachtet verdient dennoch die bejahende Meinung, welche von den meisten [50]) vertheidiget wird, den Vorzug. Denn die Gesetze gründen die Strafe der Privation auf die Culpa des schuldigen Theils, wie bey der vorigen Frage ist ausgeführt worden. Lassen nun die Gesetze wegen starker Vermuthungen eines begangenen Ehebruchs die Scheidung zu, so muß auch die Strafe der Privation eintreten. Denn die Verletzung der ehelichen Treue ist die nämliche, es muß also auch gleiche Wirkung Statt finden. Der Satz, daß auf Vermuthun-

50) *Ant.* Matthaei Commentar. de criminibus ad Lib. XLVIII. Tit. 3. Cap. 3. nr. 12. pag. 395. sq. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. XX. §. 32. Leyser Meditation. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXIX. medit. 23. *Henr.* Brokes Select. Observat. forens. Obs. 152. *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Observation. select. ad Carpzovium. P. II. ad Quaest. LXIV. Obs. 1. Jo. Christ. Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. Nr. LIV. S. 841 ff. (der 2. Aufl. Rostok und Leipz. 1787. 8.) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 495. *Car. Guil.* Sundheim Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. (*Giessae* 1790.) Cap. I. §. 4. Kapff Diss. cit. §. 2. und von Ende vermischte juristische Ausführungen Nr. I. §. 33. S. 28 ff.

genügende Ursache, es kann also auch in diesem Falle von Privationsstrafen keine Frage seyn. Denn der bloße Versuch ist noch kein Ehebruch [58]). Dieser erfordert fleischliche Vermischung mit einer fremden Person, der Ehebruch sey ein wahrer oder vermutheter. Auch letzterer setzt erwiesene Thatsachen voraus, woraus die Vollziehung des Ehebruchs durch fleischliche Vermischung gefolgert werden kann. Bey einem versuchten Ehebruche aber hat man blos die Ueberzeugung, es sey weiter nichts vorgegangen, als die bewiesenen Vorbereitungen zu einem Ehebruche [59]).

III. Findet die Privationsstrafe Statt, wenn das Heyrathsgut nicht von der Frau selbst, sondern von dem Vater derselben aus seinem Vermögen, oder von einem Dritten bestellet worden ist, an welchen es sonst nach getrennter Ehe wieder zurückfällt? Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß wenn sich der Vater oder der Dritte den Rückfall des Heyrathsguts bey künftiger Trennung der Ehe ausdrücklich vorbehalten hat, der Mann, wenn durch die Schuld der Frau die Ehe getrennt wird, an dem Heyrathsgute keinen Anspruch habe, sondern dieses

pag. 298. *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 29. pag. 348 sqq. Joh. Lud. Schmidt hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien, herausgegeben von Faselius 2. B. Nr. LXXXVI. S. 283. und *Jo. Ad. Th.* Kind Quaestion. for. Tom. III. Cap. 30.

58) Tryphoninus *L.* 225. *D. de Verb. Signif.*

59) *Cap.* 12. *X. de praesumt.* S. *J. H.* Boehmeri ius eccl. Protest c. l. §. 27. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. II. Obs. 10. und Carl Aug. Tittmann's Handbuch des deutschen peinlichen Rechts. 3. Th. §. 577.

an den Vater oder den Dritten zurückfalle, der es gegeben hat [60]). Es ist also hier eben so anzusehen, als ob die Frau gar kein Heyrathsgut eingebracht hätte. Der Mann wird folglich, wie bey einer uxor indotata, zu seiner Genugthuung den vierten Theil des Vermögens erhalten, welches die Frau zur Zeit der Ehescheidung besitzt [61]). Streitiger aber ist die Frage, wenn keine Stipulation wegen der Zurückgabe des Heyrathsguts geschehen ist. Darüber ist zwar kein Streit, wenn ein Dritter das Heyrathsgut gegeben hat, weil hier angenommen wird, er habe es der Frau schenken wollen, wenn er sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hat [62]) Es fehlt auch nicht an einer ganz bestimmten Entscheidung der Gesetze. Denn die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirten in diesem Falle an Aurelius und Lysimachus.

Si *dotem* marito libertae vestrae dedistis, *nec eam reddi soluto matrimonio vobis incontinenti pacto, vel stipulatione prospexistis;* hanc, *culpa uxoris* dissoluto matrimonio, *penes maritum remansisse constitit:* licet eam ingratam circa vos fuisse ostenderitis

60) *L.* 5. §. 1. *D. de bonis damnator. L.* 24. *Cod. de iure dot.* S. Gonzalez Tellez Commentar. in Decretal. Greg. IX. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. pag. 296 — 299. *Georg. Zach.* Winckler Diss. de bonis uxoris malitiosae desertricis; praes. *Jo. Gottl.* Segel def. *Lips.* 1743. §. 8. §. 11. et §. 12. und *Aug. Frid.* Schott Diss. de uxore desertrice dote sua ex regula quidem non tamen semper privanda. *Lipsiae* 1779. §. 16.

61) *L.* 11. §. 1. et 2. *Cod. de repudiis. Nov. XXII. Cap.* 18. S. Winckler Diss. cit. §. 13.

62) *L. un.* §. 13. *Cod. de rei uxor. actione.*

So lautet dieses Rescript *L.* 24. *Cod. de iure dotium.*

Die Streitfrage betrifft also blos die dos profectitia, wenn sich der Vater den Rückfall derselben nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Es giebt hierüber dreyerley Meinungen. Einige [63]) behaupten, dem Vater könne das Vergehen der Tochter nie zum Nachtheil gereichen, dem iure patrio das Recht zustehe, die dos profectitia nach getrennter Ehe zurückzufordern. Man glaubt, es könne dieses um so weniger einigem Zweifel unterworfen seyn, weil nicht nur die bekannten Rechtsregeln: *Delicta suos teneant auctores, nec ulterius progrediatur metus poenae, quam reperiatur delictum* [64]), diese Meinung begünstigten, sondern auch ausdrückliche Gesetze sie bestätigten. Man beruft sich deshalb auf die *L. ult. C. de repud.* und die *Nov. XXII. Cap.* 19. Die erste Constitution, welche eigentlich verloren gegangen, und von Contius aus den Basiliken restituirt, und mit einer lateinischen Version dem Codex einverleibt worden ist, lautet folgendermassen.

Imp. Justinianus. Vult constitutio, neque sub potestate constitutos, neque sui iuris filios, neque masculos, neque feminas posse distrahere matrimonia in suorum laesionem patrum aut matrum, qui dotes, aut antenuptiales donationes obtulerunt, vel susceperunt. Sed sicut in contractu nuptiarum expectamus patrum consensum, ita neque transigere matrimonia sinimus in parentum laesionem citra illorum voluntatem.

63) *Ant.* Matthaei Commentar. ad libros Digestor. de criminibus. Lib. XLVIII. Tit. 3. Cap. 3. §. 10. pag. 394. und Hopacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 493. Not. b.

64) *L.* 22. *C. de poenis. L.* 2. *C. Ne uxor pro marito. L.* 33. §. 1. *Cod. de inoff. testam.*

*Sed et si mittatur repudium, competere contra eos exactionem poenarum non sinimus, sive ipsi dederint hoc, vel susceperint, sive etiam cum aliis susceperint, parentem quidem contra voluntatem filii non posse transigere matrimonium, filiis autem permittere, et in minori aetate constitutis, et neque, quid utile sit, scientibus, citra patrum voluntatem solvere matrimonium, et ex hoc parentes laedere.*

Die *Nov. XXII. Cap.* 19. enthält eine bloße Bestätigung, und fast wörtliche Wiederholung jener Constitution. Es heißt daselbst nach Homberg.

Est autem et aliud quiddam pium non minus, quam pulchrum a nobis inventum, ubi missis quoque repudiis matrimonium nihilominus manet. Nam ut eorum, qui sub potestate sunt, improbitatem adversus patres prohiberemus, quoniam invenimus, quosdam data opera repudia scribere, et uxoribus suis mittere, vel etiam e contrario absque iusta aliqua causa matrimonium solvere, ut parentes illorum solutioni dotis, vel donationis propter nuptias, quasi dissoluto matrimonio subjacerent, et ipsi quidem forte clam cohabitant, parentes vero damno affecti hanc benignitatis suae erga liberos remunerationem reportant: legem tulimus, quae vult, ut neque liberi in potestate constituti, neque emancipati, neque masculi, neque foeminae, nuptias in fraudem patrum suorum aut matrum, qui dotes aut donationes propter nuptias dederunt, vel soli aut cum liberis eas susceperunt, possint dissolvere. Sed quemadmodum in nuptiis constituendis parentum consensum ex-

spectamus, ita nec matrimonium in detrimentum parentum absque illorum voluntate solvi permittimus. Sed et si mittatur repudium, non permittimus, ut poenae ab iis exigantur, sive ipsi illa dederint, aut susceperint, sive cum aliis etiam susceperint. Nullam enim rationem haberet, ut pater quidem sine voluntate filii matrimonium dissolvere non possit, liberis vero forte etiam aetate minoribus, et quid ipsis utile sit ignorantibus, praeter voluntatem parentum matrimonium solvere, sicque parentes iniuriâ afficere permittatur. Hoc quidem bene inchoavit et sancivit Marcus Philosophus summus, quem Diocletianus deinde secutus est, nos autem similiter approbavimus.

Andere[65]) machen einen Unterschied, ob die Frau zur Zeit der Ehescheidung, welche sie durch ihre Schuld veranlaßt hat, noch in väterlicher Gewalt war, oder nicht. In dem ersten Falle lucrire der Mann die dos profectitia nicht, sondern sie kehre an den Vater zurück, wohl aber in dem letztern Falle. Diese Meinung hat für sich, daß die dos profectitia, wenn die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe nicht mehr in väterlicher Gewalt war, nicht an den Vater zurückkehrte, wenn er sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hatte. Das Heyrathsgut gehört in diesem Fall der Tochter eigenthümlich, wenn sie auch der Vater enterbt hatte[66]). Daher fordert die Tochter nach getrennter Ehe das Heyrathsgut allein zurück, wenn auch der Vater noch lebt, denn dieser nimmt daran keinen

65) Struv Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXX. Th. 49. und Müller ad Eundem. not. γ.

66) L. un. §. 11. Cod. de rei uxor. actione.

Antheil [67]). Hier tritt also auch die Strafe der Privation ohne allen Zweifel ein. War hingegen die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt, so hat nach dem Röm. Rechte der Vater an der dos profectitia mit der Tochter gleichen Anspruch. Quodsi in patris potestate est, sagt Ulpian [68]), et dos ab eo profecta sit: IPSIUS *et* FILIAE *dos est.* Hier klagen also Vater und Tochter gemeinschaftlich [69]), und die Tochter kann durch die von ihr verschuldete Ehescheidung dem Rechte des Vaters nicht präjudiciren. Non solum autem, sagt Paulus [70]) in exigenda, sed etiam in solvenda dote, *quae communis est patris et filiae*, utriusque voluntas exquiritur: *nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest.* Man führt für diese Meinung auch noch die *Nov. XXII. Cap.* 19. an.

Nach einer dritten Meinung wird, mit Verwerfung dieses Unterschiedes, der Satz aufgestellt, daß der Ehemann die dos profectitia seiner Frau, welche durch ihr gesetzwidriges Betragen die Scheidung verursacht hat, allemal lucrire, sie sey zu der Zeit noch in väterlicher Gewalt oder nicht; es müsse nur in dem Falle, da Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, diesen das Eigenthum des Heyrathsguts erhalten werden [71]). Die Gründe für diese Mei-

67) *L.* 22. §. 5. *L.* 34. *D. Solato matrimonio L.* 71. *D. de eviction.*

68) *L.* 2. §. 1. *D. Solato matrimonio.*

69) *L.* 34. §. 5. *D. de legat. II. L.* 14. *D. ad Leg. Falcid. L. un.* §. 14. *Cod. de rei uxor. act.*

70) *L.* 3. *D. Solato matrimonio dos quemadm. petat.*

71) G. Winckler Diss. de bonis uxoris malitiosae desertricis, praes. Sibellio def. §. 8—11.

spectamus, ita nec matrimonium in detrimentum parentum absque illorum voluntate solvi permittimus. *Sed et si mittatur repudium, non permittimus, ut poenae ab iis exigantur, sive ipsi illa dederint, aut susceperint, sive cum aliis etiam susceperint.* Nullam enim rationem haberet, ut pater quidem sine voluntate filii matrimonium dissolvere non possit, liberis vero forte etiam aetate minoribus, et quid ipsis utile sit ignorantibus, praeter voluntatem parentum matrimonium solvere, sicque parentes injuria afficere permittatur. Hoc quidem bene inchoavit et sancivit Marcus Philosophus summus, quem Diocletianus deinde secutus est, nos autem similiter approbavimus.

Andere [65]) machen einen Unterschied, ob die Frau zur Zeit der Ehescheidung, welche sie durch ihre Schuld veranlaßt hat, noch in väterlicher Gewalt war, oder nicht. In dem ersten Falle lucrire der Mann die dos profectitia nicht, sondern sie kehre an den Vater zurück, wohl aber in dem letztern Falle. Diese Meinung hat für sich, daß die dos profectitia, wenn die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe nicht mehr in väterlicher Gewalt war, nicht an den Vater zurückkehrte, wenn er sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hatte. Das Heyrathsgut gehört in diesem Fall der Tochter eigenthümlich, wenn sie auch der Vater enterbt hatte [66]). Daher fordert die Tochter nach getrennter Ehe das Heyrathsgut allein zurück, wenn auch der Vater noch lebt, denn dieser nimmt daran keinen

65) Struv Synt. iuris civ. P. II. Exercit. XXX. Th. 49. und Müller ad Eundem. not. γ.

66) *L. un. §. 11. Cod. de rei uxor. actione.*

Antheil[67]). Hier tritt also auch die Strafe der Privation ohne allen Zweifel ein. War hingegen die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt, so hat nach dem Röm. Rechte der Vater an der dos profectitia mit der Tochter gleichen Anspruch. Quodsi in patris potestate est, sagt Ulpian[68]), et dos ab eo profecta sit: IPSIUS *et* FILIAE *dos est.* Hier klagen also Vater und Tochter gemeinschaftlich[69]), und die Tochter kann durch die, von ihr verschuldete Ehescheidung dem Rechte des Vaters nicht präjudiciren. Non solum autem, sagt Paulus[70]) in exigenda, sed etiam in solvenda dote, *quae communis est patris et filiae*, utriusque voluntas exquiritur: *nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest.* Man führt für diese Meinung auch noch die *Nov. XXII. Cap.* 19. an.

Nach einer dritten Meinung wird, mit Verwerfung dieses Unterschiedes, der Satz aufgestellt, daß der Ehemann die dos profectitia seiner Frau, welche durch ihr gesetzwidriges Betragen die Scheidung verursacht hat, allemal lucrire, sie sey zu der Zeit noch in väterlicher Gewalt oder nicht; es müsse nur in dem Falle, da Kinder aus dieser Ehe vorhanden sind, diesen das Eigenthum des Heyrathsguts erhalten werden[71]). Die Gründe für diese Mey-

67) *L.* 22. §. 5. *L.* 34. *D. Solato matrimonio L.* 71. *D. de eviction.*

68) *L.* 2. §. 1. *D. Solato matrimonio.*

69) *L.* 34. §. 5. *D. de legat. II. L.* 14. *D. ad Leg. Falcid. L. un.* §. 14. *Cod. de rei uxor. act.*

70) *L.* 3. *D. Solato matrimonio dos quemadm. petat.*

71) S. Winckler Diss. de bonis uxoris malitiosae desertricis, praes. Sigelio def. §. 8—11.

nung sind, weil die Gesetze, welche die Frau ihrer dos für verlustig erklären, durchaus keinen Unterschied machten, die *Nov. XXII. Cap.* 19. aber nur den Kindern verbiete, die Ehe unter sich ohne Einwilligung der Eltern und zu deren Nachtheil aufzuheben, welche das Heyrathsgut, oder die donatio propter nuptias gegeben haben. Hier sollen die Eltern den Strafen nicht unterworfen seyn.

Unter diesen verschiedenen Meinungen dürfte zwar wohl nach dem römischen Rechte die zweyte wegen ihrer überwiegenden Gründe den Vorzug verdienen. Diese Gründe sind auch durch die dritte Meinung nicht widerlegt. Denn daß die Gesetze im Codex und die Novellen, welche dem unschuldigen Ehemanne den Gewinn des Heyrathsguts zueignen, wenn durch die Schuld der Frau die Ehe getrennt ward, allgemein sprechen, schließt keine Aufhebung dessen in sich, was in den Gesetzen der Pandecten in Rücksicht der dos profectitia besonders verordnet worden ist, weil in dem römischen Recht durchgehends die Regel gilt, daß immer das genus durch die species beschränkt wird[72]). Da jedoch nach deutschen Rechten die Töchter durch ihre Verheyrathung immer von der väterlichen Gewalt befreiet werden[73]); so fällt der Unterschied, den das Römische Recht bey der dos profectitia macht, heut zu Tage weg, und so wird denn die dritte Meinung in Deutschland unstreitig den Vorzug behaupten[74]). Es fragt sich aber,

72) *L.* 80. *D. de Reg. iuris.* In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. S. Thibaut civilist. Abhandlungen. Abh. VII.

73) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 161. S. 442.

74) S. Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung

IV) ob die Strafen der Privation bey Ehescheidungen überhaupt noch heut zu Tage erkannt werden können? Mehrere Rechtsgelehrten [75]) wollen dieses bezweifeln. Ihre Gründe sind, weil der K. Carl V. in dem Art. 120. der P. G. O. bey der Bestimmung der Strafe des Ehebruchs schlechthin auf das Röm. Recht verwiesen, und nach den Vorschriften desselben dieses Verbrechen zu bestrafen befohlen habe. Da nun der Verlust, den bey Ehescheidungen der schuldige Theil an seinem Vermögen leidet, einen Theil der Strafe ausmacht; so müsse auch die Frage, wie es mit dem Vermögen der Ehebrecher zu halten sey, nach der Norm des römischen Rechts, und nicht nach dem Canonischen Rechte bestimmt werden. Unter dem Römischen Recht habe aber Carl V. unstreitig das neueste verstanden, und also die Novelle 134. im Sinne gehabt. Diese Novelle spreche aber in dem Falle, da die Frau durch Ehebruch die Scheidung veranlaßt hat, dem Manne das Recht ab, das Heyrathsgut der Frau zu verlangen. Er könne sich daher auch heut zu Tage dasselbe nicht zueignen. In dem andern Fall hingegen, wenn durch den Ehebruch des Mannes die Scheidung veranlaßt worden ist, solle zwar die unschuldige Frau mit ihrer dos auch die

von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. §. 19. Not. d. S. 18. Sundheim Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. Cap. I. §. 5. in fine und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 358. Not. 5.

75) S. *Gall. Aloys* Kleinschrod Observationes ad Legem Juliam de adulteriis coercendis eiusque usum hod. *Wirceb.* 1795. 4. Obs. V. §. 19. et 20. und Joh. Aegid Klöntrup Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. Abschn. VI. §. 2.

donatio propter nuptias erhalten; allein auch in diesem Falle finde der Verlust der donatio propter nuptias heut zu Tage bey dem Ehebruche eben so wenig, als in jenem Falle der Verlust des Brautschatzes statt, und es sey daher das neueste Römische Recht hierin, wenigstens bey Katholiken, nicht mehr gültig. Als Gründe dieser Behauptung werden folgende angeführt [76]). 1) Der Grund, warum der unschuldige Gatte den Brautschatz und die donatio propter nuptias erhält, und der ehebrecherische Theil beydes verliert; liege darin, weil bey den Römern die Ehe wegen Ehebruchs getrennt ward; der Verlust sey also mehr Strafe der Ehescheidung, die aus der Schuld eines Ehegatten entstand, als des Ehebruchs selbst gewesen. Nun werde aber, wenigstens in katholischen Staaten, wegen Ehebruchs die Ehe nicht getrennt, also müsse auch der Verlust des Brautschatzes und der donatio propter nuptias aufhören. Denn wo keine Ehescheidung ist, gelte auch keine Folge oder Strafe derselben. Dieser Behauptung stehe auch das Canonische Recht nicht entgegen, welches zwar bey einem Ehebruche die Ehe nicht trennt, aber doch der Frau den Brautschatz und das Dotalitium entzieht, und den Grund der Strafe im Ehebruche allein setzt. Denn diese Verordnung könne hier, in einer ganz weltlichen Frage, ohnehin nicht gelten, und Carl V. habe durch seine Berufung auf das Röm. Recht, das Canonische verworfen. 2) Wenn gleich die Novelle 134. in dem Falle, da der ehebrecherische Mann mit dem Tode bestraft wird, den Brautschatz und die donatio propter nuptias der unschuldigen Gattin zuerkennt, so sey doch zu

76) Man verbinde hier mit der angeführten Dissertation des Kleinschrod, desselben Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte. 2. Th. Nr. X. §. 19. S. 514 ff.

erwägen, daß der Grund dieser Verordnung darin liege, weil durch den Tod des Ehebrechers das Band der Ehe getrennt wird. Da nun aber heut zu Tage, wegen eines begangenen Ehebruchs, die Todesstrafe nicht mehr Statt findet, so dauere das Band der Ehe fort, es müsse also auch die Verordnung des Gesetzes zugleich mit dem Grunde desselben wegfallen. Ohnehin seyen 3) die römischen donationes propter nuptias in Deutschland etwas sehr seltenes, und wo 4) die Gemeinschaft der Güter unter den Ehegatten eingeführt ist, da sey weder eine dos noch donatio propter nuptias denkbar, es könnten also auch die römischen Gesetze, welche die Strafen des Ehebruchs bestimmen, bey der deutschen Gütergemeinschaft keine Anwendung haben.

Allein dieses ganze Raisonnement beruht auf lauter unrichtigen Voraussetzungen. Denn 1) daß die *Nov.* 134. das neueste Römische Recht ausmache, beruhet auf dem Irrwahn, daß durch diese Novelle die frühere *Nov.* 117. sey aufgehoben worden, welcher schon oben hinlänglich widerlegt worden ist [77]). 2) Eine eben so unrichtige

77) Man vergleiche hier noch die sehr gründliche Recension der Jenaischen allgemeinen Literatur-Zeitung vom Jahre 1800. Nr. 45. S. 356 f. Herr Justizrath Werner im Handbuch oder Commentar des peinlichen Rechts (Hademar 1820. 8.) §. 685—687. hat auch die Frage zu erörtern gesucht, ob die Nov. 117. Kap. 9. durch die Nov. 134. aufgehoben sey; allein er hat dabey ganz übersehen, daß der Streitpunct nicht die Ansprüche der unschuldigen Frau an dem Vermögen des ehebrecherischen Mannes, sondern die Ansprüche des unschuldigen Mannes an dem Vermögen der ehebrecherischen Ehefrau betreffe, wovon die Novelle 117 Kap. 8. spricht.

Ansicht ist es, daß Carl V. durch die Verweisung auf das römische Recht das canonische Recht aufgehoben habe. Er hat vielmehr die Strafe des Ehebruchs, welche das Röm. Recht nur eigentlich im Falle eines unerlaubten Beyschlafs mit eines Andern Ehefrau bestimmt hatte, auf den erweiterten Begriff des Ehebruchs, den das Canonische Recht annimmt [78]), ausgedehnt, und will daher auch den Beyschlaf eines Ehemannes mit einer unverheyratheten Weibsperson, den das Röm. Recht für ein bloßes stuprum erklärt, eben so gut wie einen Ehebruch bestraft wissen, als denjenigen, den die Ehefrau mit einer unverheyratheten Mannsperson verübt hat [79]). Es wird also nun auch in diesem Falle die Privat-Strafe der Privation gebilliget. Daß sich die Sache wirklich so verhalte, leuchtet in die Augen, wenn man mit dem Art. 120. der P. G. O. Carls V. die Bambergische Halsgerichts-Ordnung vergleicht, aus welcher jener Artikel genommen ist. In der letztern heißt es Art. 145.

„Item so eyn Eemann eynen andern umb unkeuscher Werck willen, die er mit seinem Eeweibe verbracht hat, peynlich beclagt, und des überwindet, derselbig Eebrecher soll nach sage der kaiserlichen recht mit dem schwert zu dem tod

78) S. den 23. Th. dieses Commentars. §. 1216. S. 442 f. Kleinschrod citat. Observation. ad L. Jul. de adulter. Obs. I. in Desselben Abhandlungen aus dem peinl. Rechte. 2. Th. Nr. X. S. 273 ff. und Tittmann's Handbuch des gemeinen deutsch. peinlichen Rechts. 3. Th. §. 575.

79) S. Grolman's Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 385.

geſtraft werden, und die Ehebrecherin hat jr heyratgut und morgengab gegen jren Eemann verwürckt, ſoll auch zu ewiger Buß und ſtraff verſperrt und gehalten werden [80]).“

Eben ſo lautet auch die Brandenburgiſche peinliche Gerichtsordnung. Art. 147. [81]).

Und Joh. Sam. Friedrich von Böhmer [82]) bemerkt, daß Kr. Carl V. in dem Nürnbergiſchen Entwurfe die Privationsſtrafe aus dem Römiſchen Rechte mit denſelben Worten beybehalten hatte.

Man wendet zwar dagegen ein, daß eben daraus, weil Carl V. die Bambergiſche Halsgerichts-Ordnung hier nicht wörtlich in die von ihm bekannt gemachte peinliche Gerichtsordnung übertragen habe, folge, daß er von dem Bambergiſchen Geſetz habe abgehen, und etwas Neues von dieſem Verſchiedenes verordnen wollen, weil ihm der Verluſt der Güter, wie es der 145. Artikel verordnet, nicht gefallen habe. Allein dieſe Folge ſcheint mir ganz unrichtig zu ſeyn. Genau erwogen, ergiebt ſich ein ganz entgegengeſetztes Reſultat. Offenbar war in der Bamberg. Halsgerichtsordnung die Vorſchrift des Römiſchen Rechts, auf welche doch die Richter verwieſen wurden, nicht vollſtändig und richtig dargeſtellt worden. Die Ehebrecherin ſoll ihr Heyrathsgut und Morgengabe gegen ihren Ehemann verwirkt haben, und zu ewiger Buße und Strafe verſperrt und gehalten werden.

80) Bey Böhmer's Meditation. in Const. crim. Carol. im Anhange pag. 48.

81) Bey Böhmer im Anh. pag. 133.

82) Meditat. ad Art. 120. C. C. C. §. 8. pag. 453.

Nimmt man nun an, wie Kleinschrod[83]) ganz richtig behauptet, der Art. 145. der Bamb. H. G. O. sey aus dem ältern und neuern Römischen Recht d. h. aus der Nov. 117. und 134. entlehnt, so war ja von dem Verfasser derselben gerade dasjenige, was bey der Privationsstrafe der Scheidung wegen begangenen Ehebruchs den auszeichnenden Character ausmacht, daß nämlich der ehebrecherische Theil ausser dem Verluste der dos und der donatio propter nuptias, auch noch mit dem Verluste eines solchen Theils des übrigen Vermögens, welcher bey der Ehebrecherin soviel als der dritte Theil ihres Heyrathsguts, bey dem Ehebrecher aber soviel als der dritte Theil der donatio propter nuptias beträgt, bestraft werden soll, weggelassen, in Ansehung des übrigen Vermögens des ehebrecherischen Theils aber gar nichts bestimmt worden. Ueberdem war ja auch dem Ehemann in der Novelle 134. erlaubt worden, sein ehebrecherisches Weib binnen zwey Jahren aus dem Klosten wieder heimzuführen. Dieser mangelhaften Darstellung wegen hielt es der Kaiser Carl V. nicht für rathsam, den Art. 145. der Bamberg. H. G. O. wörtlich in seine peinliche Gerichts-Ordnung zu übertragen, sondern verweißt lieber die Richter geradezu auf das Römische Recht. Zwar will Böhmer[84]) die Worte des 120 Artikels: nach sage unser Vorfarn und unser keyserlichen Rechten so verstehen, als ob der Kaiser hier nicht blos auf das Römische Recht, sondern auch auf die deutschen Provinzial-Rechte verwiesen habe; allein daß durch die angeführten Worte in der P. G. O. Carls V. überall nur das Römische

83) S. die angeführten Abhandlungen desselben Th. 2. Nro. X. §. 18. S. 312. f.

84) Cit. loc. §. 8. pag. 454.

Recht bezeichnet werde, und Kaiser Carl unter seinen Vorfahren die Römischen Kaiser verstanden habe, hat Walch [85]) aus mehreren Stellen der Caroline augenscheinlich dargethan. In der Bambergischen H. G. O. heißt es ausdrücklich: nach sage der keiserlichen Recht. Denn da sie nur im Namen des Bischofs von Bamberg war gegeben worden, so konnte freylich der Gesetzgeber das Römische Recht, nicht so, wie der Kaiser Carl V. eine Sage seiner Vorfahren nennen. Es ist indessen sehr merkwürdig, daß in der Bambergischen H. G. O. die richtige Erklärung der Novelle 134. zum Grunde liegt, nach welcher in Gemäßheit der Novelle 117. Kap. 8. als welche durch jene keinesweges ist aufgehoben worden, mit der Einsperrung der ehebrecherischen Ehefrau auch die Verwirkung ihres Heyrathsguts verbunden ist. Hiermit widerlegt sich denn auch die ohnehin ganz unerweisliche Hypothese, daß Kr. Carl V. indem er sich auf das Römische Recht beruft, blos an die Novelle 134. gedacht habe. Soviel nun aber noch insonderheit die Gründe gegen die heutige Gültigkeit der Justinianeischen Verordnungen anbetrifft; so sind auch diese eben so wenig haltbar. Denn 1) giebt man auch zu, daß der Verlust des Heyrathsguts und der donatio P. N. als Strafe der Ehescheidung eingeführt sey; so folgt doch daraus noch keinesweges, daß wo die Ehe, wie in katholischen Staaten, nicht getrennt wird, auch der Verlust des Brautschatzes und der donatio P. N. aufhöre. Das Gegentheil lehrt ja das Canonische Recht, (*Cap.* 4. X. *de donat. inter vir. et uxor.*) wodurch die Strafe des

85) Glossar. german. interpretationi Const. crim. Carol. inserviens. Voc. *Kayserliche Rechte* p. 352 sqq. Voc. *Sage* pag. 433. und Voc. *Vorfahren* pag. 521 sqq.

Römischen Rechts bestätiget worden ist. Der Einwand gegen die Verordnung desselben, daß das Canonische Recht in einer Frage, die ganz bürgerlich und weltlich sey, nichts entscheiden könne, und Carl V. durch seine Berufung auf das Römische Recht, das Canonische verworfen habe, enthält einen zweyfachen Irrthum. Denn daraus würde a) folgen, daß das Canonische Recht in bürgerlichen und peinlichen Sachen gar nicht als gemeines Recht zu betrachten sey, welches noch Niemand behauptet hat [86]). b) Ist es eine ganz unerwiesene Voraussetzung, daß das Canonische Recht durch den Art. 120. der P. G. O. sey verworfen worden, welche auf dem Irrwahne beruht, daß das Canonische Recht dem neuesten Römischen Rechte entgegenstreite. Es kann daher auch selbst in katholischen Ländern jene Verordnung um so weniger hinwegfallen, da das Canonische Recht die Strafe der Ehescheidung auch mit der lebenslänglichen Scheidung von Tisch und Bett, welche im Falle eines begangenen Ehebruchs die Stelle der Ehescheidung vertritt [87]), verbunden hat. 2) Daß die Todesstrafe wegen des Ehebruchs heut zu Tage nicht mehr Statt findet, hat auf die Privat-Strafe der Privation, welche bey der Ehescheidung durch das Justinianeische Recht eingeführt ist, durchaus keinen Einfluß, als welche das Canonische Recht sogar bey der perpetuirlichen Scheidung von Tisch und Bett bestätiget hat. 3) Eben

86) S. von Quistorp Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. 43. S. 617. und *Car. Aug.* Tittmann Diss. de causis auctoritatis iuris canonici in iure criminali germanico. P. I. et II. *Lipsiae* 1798. und desselben Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 10.

87) S. den 26. Th. dieses Commentars. §. 1269.

so wenig kann die Schlußfolge gelten, die donationes propter nuptias sind bey uns sehr selten, also habe auch keinen practischen Nutzen mehr, was das Römische Recht darüber verordnet hat. Man erinnere sich vielmehr, was ich von dem heutigen Gebrauche der donationum propter nuptias an einem andern Orte [88]) gesagt habe. Wo aber auch diese donatio wegfallen sollte, da ist die Strafe der Privation nach der *L.* 11. §. 1. *Cod. de repud.* zu bestimmen, welche Verordnung nie aufgehoben, vielmehr in der *Nov.* XXII. *Cap.* 18. nochmals bestätiget worden ist. Endlich steht auch 4) selbst die allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten, wo sie in einem Lande eingeführt ist, der heutigen Anwendbarkeit der Privationsstrafen im Falle der Ehescheidung nicht entgegen. Denn schließt gleich dieselbe die Bestellung eines Heyrathsguts und einer donatio propter nuptias aus, so sind doch alle Lehrer des deutschen Privatrechts darin einig, daß eben deswegen dem unschuldigen Theile das Recht zustehe, den vierten Theil desjenigen Vermögens zu verlangen, welches der schuldige Ehegatte aus der Gütergemeinschaft, die durch die Ehescheidung aufgehoben wird, zurückerhält, so wie es das Römische Recht in dem Falle verordnet, da weder eine dos noch donatio propter nuptias bestellet worden ist [89]).

88) S. den 25. Th. dieses Commentars. §. 1242. S. 308 f.

89) S. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 6. B. §. 609. S. 441 f. Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß über das Vermögen ihrer Männer. 1. Th. §. 98—101. Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. (Düsseldorf 1808. 8.) 1. Th. §. 68. S. 118. und Sundheim Diss. de effectu divortii

Noch einem Einwurfe muß ich begegnen, den man aus den Gewohnheiten des Mittelalters uns entgegensetzt. Man beruft sich nämlich auf einige Stellen des Sachsenspiegels, nach welchen das geschiedene Weib selbst im Falle begangener Unzucht nichts von ihrem Rechte verlieren, ja sogar ihre Leibzucht behalten soll. Es heißt nämlich

1) Buch 1. Art. 5. nach Gärtner: „Ein Weib kann mit unkeuschen Leben wohl ihre weibliche Ehre kränken, aber ihr Recht und ihr Erbe verlieret sie damit nicht."

2) Buch 1. Art. 21. „Desgleichen wird ein Mann mit Recht von seinem Weibe geschieden, so behält sie doch ihre Leibzucht, die er ihr an seinem Eigen gegeben hat."

3) B. 3. Art. 74. „Wird ein Weib mit Recht von ihrem Manne geschieden, so behält sie doch ihr Leibgedinge, daß er ihr in seinem Eigen gegeben hat."

Diese Gewohnheiten müssen, sagen unsre Gegner [90]), noch jetzt gelten, weil sie durch neuere deutsche Gesetze nicht abgeändert worden sind.

Allein auch davon abgesehen, daß sich eine allgemeine Gültigkeit der in den Sachsenspiegel aufgezeichneten deutschen Gewohnheitsrechte nicht erweisen läßt [91]); so gehören auch die daraus angeführten Stellen gar nicht hierher. Denn soviel die erste Stelle anbetrifft, so ist schon

quoad bona inter conjuges communia. Cap. II. Sect. II. §. 14. Man sehe auch Klübers kleine juriſt. Biblioth. 6. Bandes 23. St. S. 281 f.

90) S. Kleinschrod's angef. Abhandlungen 2. B. S. 317.

91) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 69.

in der Gloſſe des Sachſenſpiegels [92]) erinnert worden, daß dieſer Artikel blos unverheyrathete Frauensperſonen angehe, und nicht ſowohl die Rechte in Anſehung der Ehe, als vielmehr die elterliche Erbſchaft betreffe [93]). Die beyden anderen Stellen aber ſprechen zwar von der Eheſcheidung, allein ſie ſetzen, wie auch ſchon die Gloſſe bemerkt hat, eine ſolche rechtmäßige Urſache voraus, die in keiner unerlaubten Handlung der Frau beſteht, oder, wie ſich die Gloſſe bey Gärtner [94]) ausdrückt, wo ihr keines dem andern in der Ehe nichts unrechts gethan hat, z. E. wenn einer von den Ehegatten in ein geiſtliches Leben ſich begiebt, oder zum Eheſtande untüchtig befunden wird, welche Beyſpiele die Gloſſe ſelbſt anführt, als ſolche, wo die Eheſcheidung mit Recht geſchehen iſt.

Noch iſt zu bemerken, daß wenn nach den Geſetzen des Juſtinianeiſchen Rechts die Strafen der Privation eigentlich in zwey Fällen eintraten, 1) gegen den, welcher die Eheſcheidung durch ſein Betragen veranlaßte, und 2) gegen den, welcher ohne gerechten Grund dem andern Ehegatten das repudium ertheilte; in Deutſchland die Strafen der Scheidung nur noch gegen denjenigen erkannt werden können, welcher durch ſein geſetzwidriges Betragen die Eheſcheidungsklage herbeyführte [95]). Da jedoch die Privations-Strafen zu Juſtinians Zeiten nur in den

92) Ad Art. 5. et 21. (**)

93) S. Brokes select. Observation. for. Obs. DCXV. p. 738. und Kind Quaestion. for. Tom. IV. Cap. 17.

94) Ad Art. 21. (***) S. 59 f.

95) S. Albr. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 716. der 3. Ausg.

Fällen eintraten, wo ein in den Gesetzen desselben ausdrücklich gebilligter Scheidungsgrund vorhanden war; das protestantische Kirchenrecht aber die Scheidungsgründe erweitert hat; so entsteht noch die Frage, ob die Scheidungsstrafen auch in einem solchen Falle erkannt werden können, wo die Handlung nach dem römischen Rechte dem Kläger keine iusta repudii causa gegeben hätte. Z. B. es ist ein Ehegatte wegen eines begangenen Verbrechens für ehrlos erklärt, und des Landes verwiesen, oder zu ewiger Zuchthausstrafe verurtheilt worden. Einige [96]) wollen dieses läugnen, weil der verbrecherische Ehegatte hier nicht die Absicht gehabt habe, treulos an seinem Gatten zu werden, und das Band der Ehe zu trennen. Der unschuldige Ehegatte könne also auch die Strafe gegen den schuldigen Gatten nicht verlangen, die nur eine Folge der absichtlichen Treulosigkeit ist, welche ein Ehegatte gegen den andern, und das unter ihnen geknüpfte Band der Ehe begeht. Die Treulosigkeit eines solchen Gatten sey höchstens nur eine indirecte, welche offenbar mehr Nachsicht verdiene, als die directe.

Allein die Frage kann ohne Bedenken bejahet werden. Denn das römische Recht stellt, wie oben bewiesen worden ist, die allgemeine Regel auf, daß die Strafen der Ehescheidung gegen den Statt finden sollen, durch dessen Schuld die Ehe getrennt worden ist. Hat also ein Ehegatte sich einer solchen Handlung schuldig gemacht, weshalb nach dem heutigen Rechte die Scheidung erkannt worden ist, so müssen auch die Privationsstrafen in Gemäßheit jener Regel ihre Anwendung finden, weil dieser

96) S. Lud. Friedrich Griesinger's Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. IV. B. S. 1228 f.

Fall unter die Regel subsumirt werden kann [97]). Zur Unterstützung dieser Meinung können noch folgende Gesetzstellen dienen.

*L.* 26. *D. de legibus.* PAULUS. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.

*L.* 27. *eodem.* TERTULLIANUS. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est: et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

*L.* 28. *ibid.* PAULUS. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.

Hierdurch wird also der Satz ausgesprochen, daß man eine alte Rechtsregel auf alles anwenden solle, was als neue species unter dieselbe tritt [98]).

Die Strafen der Ehescheidung können jedoch nur bey einer verschuldeten Ehescheidung eintreten. Sie setzen daher immer auf Seiten desjenigen, den sie treffen sollen, eine unerlaubte Handlung voraus. Kann daher bey einer Ehescheidung keinem Theile etwas zur Last gelegt werden, sondern Beyde, sowohl der, welcher die Ehescheidung durch seine Handlung veranlaßte, als derjenige, wel-

97) S. Thibaut civilistische Abhandlungen (Heidelberg 1814.) Abh. VII. S. 112 f. MALBLANC Princip. iuris Rom. secund. ord. Digestor. P. II. Sect. poster. §. 643. N. II. pag. 728. et Not. h. pag. 732. von Selchow Rechtsfälle. IV. B. Decis. 115. S. 72 ff. u. Schweppe a. a. O.

98) S. *Aug. Corn.* STOCKMANN Diss. de vi legum priorum in posterioribus. *Lipsiae* 1803. Cap. 2.

cher dadurch die Ehescheidung zu suchen veranlaßt wurde, bedienten sich ihres Rechts; so finden die Ehescheidungsstrafen keine Anwendung. Dieß ist z. B. der Fall, wenn von zwey jüdischen Ehegatten der eine Theil seine Religion ändert, und zur christlichen Kirche übertritt, der andere aber bey der jüdischen Religion beharrend, die Ehescheidung sucht, wozu er in diesem Falle ohne Zweifel berechtiget ist. Denn hier kann die Weigerung des jüdischen Ehegatten die Ehe mit dem zum christlichen Glauben übergetretenen Ehegatten fortzusetzen, für keine Art einer böslichen Verlassung gehalten werden [99]).

Eben so müssen die Strafen der Ehescheidung auch in dem Falle wegfallen, wo beyden Ehegatten eine gleiche Schuld zur Last fiel; z. B. die Ehe wurde wegen gegenseitigen unversöhnlichen Haßes, und einer solchen Unverträglichkeit getrennt, welche Gefahr für Leben und Gesundheit befürchten ließ [100]).

Endlich finden die Strafen der Ehescheidung auch in dem Falle keine Anwendung, wenn die Ehe wegen einer Ursache der Nichtigkeit aufgehoben worden ist, wenn diese auch in einer unerlaubten Handlung des andern Theils ihren Grund gehabt haben sollte, z. B. weil sich die Frau vor der Ehe eines unehelichen Beyschlafs mit einem Dritten schuldig gemacht hatte. Denn die Ehescheidung setzt eine gültige Ehe voraus, ohne welche keine

99) Man vergleiche hier vorzüglich Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Nr. 23. S. 185—195.

100) S. Bastineller Diss. de uxoris iactura dotis, si maritum deserit malitiose §. 22. u. Malblanc c. l. p. 728.

Verletzung ehelicher Treue denkbar ist [1]). Die Strafe des Ehebruchs kann hier um so weniger eintreten, weil in Strafsachen keine Ausdehnung Statt findet, wo es an Gleichheit des Grundes fehlt. Böhmer [2]) will zwar mit Berlich [3]) einen Unterschied machen, ob der uneheliche Beyschlaf mit dem Dritten vor Schließung des Eheverlöbnisses, oder nachher verübt wurde; in dem letztern Falle soll die Strafe der Privation darum erkannt werden können, weil eine solche Unzucht in den Gesetzen dem Ehebruche gleichgeachtet werde, und die Beleidigung des Ehemanns dieselbe sey, als wenn die Ehefrau während der Ehe sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hätte. Allein diese Meinung verdient keinen Beyfall. Denn unter Verlobten findet noch keine Ehe Statt, sie können sich also auch keines Ehebruchs schuldig machen [4]). Nach dem römischen Rechte dürfte zwar dieses freylich noch zweifelhaft scheinen. Denn nach einem Rescript der Kaiser Severus und Antoninus, welches Ulpian *L.* 13. §. 3. *D. ad Leg. Jul. de adulter.* anführt, kann das adulterium bey der Braut eben so, wie bey der Ehefrau, angeklagt werden, und zwar aus dem beygefügten Grunde: quia neque matrimonium qualecunque, *nec spem matrimonii* violare permittitur. Eben dieses Rescript wird

1) Carpzov Jurispr. Consistor. Lib. II. Definit. 199. und Grieſingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. IV. B. S. 1230 f.

2) Diss. de privatione dotis et success. statutar. Cap. II. §. 8.

3) Conclusion. practic. P. IV. Concl. XXIX. nr. 32.

4) S. Tittmanns Handbuch des deutsch. peinl. Rechts. 3. Th. §. 576.

nachher §. 8. auch auf den Fall angewendet, wenn eine Ehefrau vor dem Eintritt des gesetzlichen Alters, wo sie noch nicht als gesetzmäßige Ehefrau anzusehen war, ein adulterium beging, und gesagt, sie könne zwar von ihrem Manne, solange sie die Ehemündigkeit noch nicht erreicht hat, nicht *iure viri*, aber quasi sponsa angeklagt werden. Von diesem Alexander Severus findet sich auch folgendes Rescript: *L. 6. C. ad Leg. Jul. de adulter.* Propter violatam virginem adultam [5]), qui postea maritus esse coepit, accusator iustus non est, et ideo iure mariti crimen exercere non potest, *nisi puella violata sponsa eius fuerat.* Nun glaubt zwar Kleinschrod [6]) den Zweifel dadurch lösen zu können, wenn man die Worte *hoc idem* in den §. 3. der *L.* 13. auf das vorletzte Wort stuprum in dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen des Gesetzes bezieht. Allein das Gezwungene dieser Erklärungsart ergiebt sich deutlich, wenn man den §. 2. selbst näher betrachtet. Sed et in ea uxore, so lauten die Worte, potest maritus *adulterium* vindicare, quae vulgaris fuerit, quam-

5) Cujacius Observat. Lib. VI. Cap. 16. will hier Propter violatam virginem, *quae adulta postea esse coepit*, lesen, weil sich dieses Rescript auf den Fall der *L.* 13. §. 8. *D. eodem*, beziehen soll, wo auch eines Rescripts des Kaisers Severus gedacht wird. Allein es kann auch eben so wohl auf die *L.* 13. §. 3. *D. eodem* bezogen werden, wenn gleich die Basiliken, und einige alte Handschriften jene Lesart zu bestärken scheinen, wie in der Göttingischen Ausgabe des Justinianeischen Codex ad h. L. bemerkt worden ist. Man vergleiche jedoch Cujacii Observation. Lib. XX. Cap. 16.

6) Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte B. II. Nr. X. §. 10 und 11. S. 294 ff.

vis, si vidua esset, impune in ea *stuprum* committeretur. Denn man sieht hier offenbar, daß das *hoc idem* in dem hierauf folgenden §. 3. sich gar nicht auf das beyläufig eingemischte Wort stuprum, sondern auf jenes Hauptwort adulterium beziehen müsse, wie auch schon von Anderen [7]) erinnert worden ist. Es dürfte aber auch die Ansicht, daß das Wort adulterium in der Lex Julia eine so weite Bedeutung habe, daß es nicht blos den Ehebruch, sondern auch das stuprum bezeichne, der ich selbst an einem andern Orte [8]) huldigte, kaum ausreichen. Zwar ist dieser Sprachgebrauch an sich keinem Zweifel unterworfen. Man leite denselben nur nicht allein aus *L.* 6. §. 1. *D. ad L. Jul. de adult.* und *L.* 101. *D. de Verb. Sign.* her. Denn wenn es gleich in der letzten Stelle heißt: Inter stuprum et adulterium hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, *stuprum* in viduam committitur: sed *Lex Julia de adulteriis* hoc verbo *indifferenter* utitur; und in der ersten Stelle gleichfalls gesagt wird: *Lex* (sc. *Julia de adulteriis*) stuprum, et adulterium promiscue et καταχρηστικώτερον, id est, *abusive* appellat; so bleibt noch immer die Frage übrig, ob nicht vielmehr das Wort *stuprum* in der Lex Julia die weite Bedeutung gehabt habe, daß es auch für adulterium genommen worden sey, wie Joh. Wilh. Hoffmann [9]) und Joh. van Nis-

7) S. von Grolman Bibliothek für die peinl. Rechtswissenschaft und Gesetzkunde. 1. Theils 2. St. S. 228 f. und Jenaische allgem. Literaturzeitung vom J. 1800. 1. B. Nr. 45. S. 354 f.

8) S. den 23. Th. §. 1207. S. 140 f.

9) Ad Leg. Juliam de adulteriis coercendis lib. sing. (Francof. ad Viadr. 1732. 4.) Cap. IV. §. 2. (in *Dan.*

*L.* 11. §. 7. *D. eodem* gar nicht entgegen. Denn wenn daselbst die Frage, ob jemand eine Frau, mit welcher er verlobt war, die aber nachher von ihrem Vater einem Andern in die Ehe gegeben worden, iure mariti anklagen könne, verneinend entschieden wird [13]; so beruhet der Grund, warum die Anklage verworfen wurde, nicht darin, weil die von einer Braut begangene Untreue für kein adulterium zu halten sey, sondern weil Niemand eine Braut iure mariti anklagen konnte, welche nicht nachher seine Frau geworden war, wie Anton Faber [14] sehr richtig bemerkt hat. Man sieht übrigens aus dem Allen, daß die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß nach dem Römischen Rechte der Beyschlaf mit der Braut eines Andern wie ein Ehebruch angesehen worden sey, Gründe für sich hat, die sich so leicht nicht widerlegen lassen, und wenigstens noch nicht hinlänglich widerlegt worden sind [15]. Bleibe es indessen nach dem römischen Rechte

vertheidiget daher auch die gemeine Lesart Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. 5. §. 9. Uebrigens hat den Unterschied zwischen iure mariti und iure extranei accusare, Hoffmann cit. libr. sing. Cap. VI. 3—6. sehr genau auseinandergesetzt.

13) Quaerebatur, sagt daselbst Papinian, an *iure mariti* possit accusare vir eam foeminam, quae, cum ei desponsa fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita? Respondit: *Novam rem instituere huiusmodi accusatorem existimo, qui adulterii crimen objicere desiderat propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella a patre in matrimonium alii fuerit tradita.*

14) Conjecturar. Iuris civ. Lib. III. cap. 6.

15) Man vergleiche die treffliche Dissertation de sponsae adulterio in *Car. Sebast.* Berardi Commentar. in ius

auch noch so zweifelhaft; das canonische Recht, so wie die peinliche Gerichtsordnung Carls V. die unbezweifelt den Stand der Ehe voraussetzen, überheben uns der Folgen jener Ungewißheit. Für die Ansicht dieser Gesetze, nach welchen das Verbrechen des Ehebruchs in der Verletzung der ehelichen Treue durch einen während der Ehe mit einer andern Person vollzogenen Beyschlaf besteht [16]), paßt jene Ansicht der römischen auf keinen Fall mehr [17]). Es können daher auch die Strafen der Privation im Falle einer deswegen erfolgten Ehescheidung nicht erkannt werden [18]). Ließe sich mit Klein [19]) annehmen, daß in den angeführten Stellen des römischen Rechts, welche den Beyschlaf mit der Braut eines Andern als einen Ehebruch gerügt wissen wollen, blos von den ältern Strafen des Ehebruchs die Rede sey, welche die Lex Julia bestimmt hatte; so würde vielleicht auch schon nach dem neuern Rö-

eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Quaest. 6. pag. 58—65. und Klein zu den von ihm aufs neue mit seinen Anmerkungen herausgegebenen Grundsätzen des deutsch. peinlichen Rechts von Quistorp. 2. B. §. 455. Not. b. S. 213. f.

16) S. von Quistorp angef. Grds. des P. R. 2. B. §. 453. der Kleinischen Ausgabe S. 211. und Kleinschrods Abhandlungen aus dem Peinl. Recht. 2. Th. Nro. X. S. 275. ff.

17) S. Grolman's Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. §. 383. Not. b. und Roßhirt's Lehrbuch des Criminalrechts (Heidelberg 1821.) §. 203.

18) S. Joh. Gottl. Hennig vom Recht und Verlust des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung. 1. Th. 2. Abth. §. 9. S. 215. ff.

19) Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 383.

mischen Recht in diesem Falle weder eine accusatio iure mariti noch iure extranei Statt gefunden haben, seitdem durch die Verordnungen der christlichen Kaiser die Todesstrafe auf den Ehebruch war gesetzt worden, und dieses ließe sich um so wahrscheinlicher behaupten, weil in der Constitution des Kaisers Constantin des Großen *L. 30. C. ad L. Jul. de adulter.* ausdrücklich gesagt wird: In primis maritum *genialis tori* vindicem esse oportet, und die Ehebrecher Sacrilegi *nuptiarum* genennt werden. Allein hier würde denn wieder der Zweifel eintreten, warum Justinian die *L. 7. Cod. eodem* beybehalten habe. Denn dieses Gesetz mit Voet [20]) von einer bloßen Injurien-Klage des Ehemanns zu erklären, erlauben schon die Ausdrücke *accusator iustus*, und *iure mariti crimen exercere* nicht, wenn auch der Unterschied zwischen der Anklage des Mannes und der Injurien-Klage der geschwächten Braut nicht schon so deutlich in dem Gesetz selbst enthalten wäre. Cujaz [21]) erinnert uns vielmehr hier an die Regel: Non est novum, ut priores leges trahantur ad posteriores; und zieht denn daraus die Folge: Itaque rescriptum *Severi* trahemus ad constitutionem *Constantini*.

Noch ist zu bemerken, daß wenn von den Strafen der Privation bey Ehescheidungen die Rede ist, unter der dos, deren sich die schuldige Ehefrau verlustig gemacht hat, auch das blos versprochene Heyrathsgut begriffen sey [22]). Denn schon durch das bloße Versprechen

20) Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XLVIII. Tit. V. §. 9.

21) Observation. Lib. VI. Cap. 16. in fin.

22) *Matth.* Berlich Conclusion. practicab. P. IV. Conclus. XXIX. nr. 28. *J. H.* Boehmer Diss. de privat. dotis

wird eine dos constituirt, wenn gleich die Numeratio nicht erfolgte [23]), und dadurch die actio ex stipulatu de dote promissa petenda begründet [24]). Man kann also hier nicht sagen, die Frau sey indotata, um die *L.* 11. §. 1. *Cod. de repudiis* anzuwenden.

Man streitet auch noch darüber, ob nicht die Frau bey verübtem Ehebruche, ausser ihrem Heyrathsgute, heut zu Tage auch ihr Paraphernalvermögen verwirkt habe? Daß diese Frage nach dem Römischen Recht zu verneinen sey, darin sind alle einverstanden. Denn es ist darin klar entschieden, daß die Ehebrecherin, ausser der dos, von ihrem übrigen Vermögen nur soviel, als der dritte Theil des Heyrathsguts beträgt, verlieren [25]), und wenn keine dos bestellt worden, überhaupt den vierten Theil ihres Vermögens dem beleidigten Ehemanne abtreten soll [26]). Es ist demnach keinem Zweifel unterworfen, daß die Ehebrecherin auch selbst in dem Falle, da sie dem Mann kein Heyrathsgut zugebracht hat, nach dem Röm. Recht ihr eignes Vermögen, ausser dem gesetzlich bestimmten Theil, nicht verliere. Allein viele [27]) wollen dennoch behaupten, daß

ex capite adulterii. Cap. II. §. 5. et ius eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit 20. §. 26. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. not. e. circa fin.

23) S. Joh. Christ. Hasse Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. 1. B. §. 74. ff.

24) *L. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.*

25) *Nov. CXVII. Cap.* 8. §. 2.

26) *L.* 11. §. 2. *C. de repud.*

27) Glossa ad cap. 4. X. de donat. int. vir. et uxor. *Sam.* Stryk Us. mod. Pand. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 5. §. 14. Hahn Observat. ad *Wesenbecii* Dig. Lib. XXIV. Tit. 3.

die Ehebrecherin heut zu Tage nach dem Canonischen Rechte, ausser dem Heyrathsgute, auch ihr Paraphernal-Vermögen verliere. Sie berufen sich auf das bereits oben vorgekommene *cap.* 4. X. *de donat, inter vir. et uxor.* wo gesagt wird, die Ehebrecherin könne bey erfolgter Trennung von ihrem Manne weder ihre dos noch das dotalitium verlangen. Allein daß unter dem Dotalitium keinesweges das Paraphernal-Vermögen der Frau, sondern vielmehr die donatio propter nuptias, oder derjenige Theil aus den Gütern des Mannes, welcher in den Ehepacten der Frau auf den Fall, daß sie Wittwe werden sollte, zu ihrem standesmäßigen Unterhalte ist ausgesetzt worden, verstanden werde, worauf die Ehebrecherin keinen weitern Anspruch soll machen können, haben schon längst Gonzalez Tellez [28]) und Böhmer [29]) gezeigt. Mit Recht wird daher jene Meinung verworfen [30]), wofern sie

§. IV. ad vv. *Propter adulterium* und mehrere, welche Berlich in Conclus. pract. P. IV. Concl. XXIX. nr. 18. angeführt hat.

28) Commentar. in libros Decretal. Gregorii IX. ad cap. 15. X. de foro competente. Tom. II. pag. 90.

29) Jur. eccles. Protest. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 21 et 32. und Not. 83. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. Man sehe auch den 25. Th. dieses Commentars. § 1242. S. 311.

30) S. Gonzalez Tellez Comm. ad cap. 4. X. de donation. inter vir. et uxor. ad v. *Dotalitium.* Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 18. *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Observat. select. ad *Carpzovium.* Quaest. LXIV. Obs. 2. und Hennig vom Recht und Verlust des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung. §. 10 und §. 11.

nicht in einem Lande, wie z. B. in Sachsen, durch den Gerichtsgebrauch angenommen ist [31]).

Uebrigens versteht es sich, daß wenn der schuldige Theil Schulden hat, diese vorher abgezogen werden müssen, ehe dem Unschuldigen das verwirkte Heyrathsgut, oder die donatio propter nuptias, oder in Ermangelung dessen der vierte Theil des Vermögens als ein Gewinn zugesprochen werden kann. Justinian sagt es nicht nur in der *L.* 11. §. 1. *C. de repud.* ausdrücklich, daß dieser vierte Theil aus der *pura substantia*, das heißt, quae superest deducto aere alieno, berechnet werden solle, sondern es soll auch nach *L.* 72. *pr. D. de iure dot.* und *L.* 2. §. 1, *D. de collat.* überhaupt das Vermögen, welches die Frau dem Manne zum Heyrathsgute giebt, nach der bekannten Rechtsregel beurtheilt werden: Bona intelliguntur cuiusque, quae *deducto aere alieno* supersunt [32]).

Noch ist

V. die streitigste Frage übrig, nämlich die, ob die Privations-Strafen auch noch von den Erben des unschuldigen, und gegen die Erben des schuldigen Ehegatten geltend gemacht werden können, wenn die Ehescheidung bey deren Leben nicht erfolgte? Man kann die verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten darüber ganz füglich unter drey Classen bringen. Einige [33]) verneinen diese Frage

31) S. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Observat. 361. nr. 2.

32) *L.* 39. §. 1. *D. de Verb. Signif.* S. *Franc.* Raguelli Comment. ad Constitution. et Decision. Justin. p. 346.

33) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 20. *Ever.* Bronchorst Εναντιοφανων. Cen-

schlechthin. Man sagt, das Recht, die Privationsstrafe zu fordern, entstehe hier aus einem Delict, sie könne also, als eine Privatstrafe, ohne eine Klage nicht Statt finden. Diese Klage sey aber unstreitig keine andere, als eine Pönalklage, welche zugleich, wegen der dem Unschuldigen zugefügten Kränkung, eben so wie die Injurien-Klage, auf eine Privatrache abzwecke. Solche Klagen gehen nun ihrer Natur nach nicht auf die Erben über, wenn sie nicht noch bey Lebzeiten desjenigen, dem sie zustehen, anhängig gemacht worden sind [34]). Diese Grundsätze müßten nun aber hier um so mehr Anwendung finden, weil auch die alte actio de moribus aus gleichen Gründen nicht auf die Erben übergegangen sey [35]). Wenn also der schuldige oder unschuldige Ehegatte, ehe der letztere die Ehescheidungsklage erhoben, oder dazu Anstalt gemacht hatte,

tur, II. Assert. 2. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXIX. medit. 26. Struben's rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 105. Ernst Christ. Westphal's rechtliche Abhandl. von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. §. 13. Not. u *Jul. Frid.* Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. pag. 729. et not. n — q. pag. 733. und von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 2. Band §. 462. S. 230. der Kleinischen Ausgabe.

34) §. 1. *J. de perpet. et temporal. action. L.* 1. *D. de privat. delict. L.* 38. *D. de div. Reg. iuris. L un. C. Ex delictis defunctor. in quantum heredes teneantur.*

35) *L.* 15. §. 1. *D. Soluto matrimon.* Verb. *Morum vero coercitionem* non habet, sc. heres. S. *Franc.* Duarenus ad h. L. *in Opp.* pag. 274. Westphal's angef. Abhandl. §. 13. Not. x.

gestorben seyn sollte; so sey hiermit die Verwirkung der Strafe gehoben.

Andere [36]) hingegen behaupten, daß gerade deswegen, weil das iudicium de moribus von Justinian ganz aufgehoben worden [37]), und an die Stelle der alten rei uxoriae actio solche Rechtsmittel getreten sind, welche auf die Erben übergehen [38]); die Geltendmachung der Privations-Strafen auch den Erben und gegen die Erben ohne Bedenken zu verstatten sey. Es könne also nun der nach der Scheidung erfolgte Tod eines der gewesenen Ehegatten auf die eintretenden Verhältnisse keinen Einfluß haben. Denn daß die Erben der unschuldigen Frau das Heyrathsgut zurückfordern können, könne eben so wenig bezweifelt werden, als daß die Frau dasselbe von den Erben des Mannes zurückfordern könne. Die propter nuptias donatio habe ihr aber schon während der Ehe eigenthümlich gehört, und habe durch die Trennung derselben nicht aufgehört, ihr Eigenthum zu seyn; warum sollte sie also nicht von und gegen die Erben verfolgt werden können? — Ganz dasselbe Verhältniß trete umgekehrt bey dem unschuldigen Manne ein [39]). Wollte man etwa nur

36) S. Albr. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 716. z. E. S. 598. der dritten Ausg. und von Löhr civilistische Bemerkungen. §. 5. im Archiv für die civilist. Praxis herausgegeben von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 7. Band (Heidelberg 1824.) S. 270—273.

37) *L. 11. in fin. C. de repud. Judicio de moribus — penitus abolito.*

38) *L. un. pr.* §. 1—4. *et Cod.* de rei uxoriae actione.

39) Dieselben Grundsätze sollen gelten, 1) wenn der schuldige Mann ¼ seines Vermögens verliert, weil keine dos und keine propter nuptias donatio bestellt ist. *L. 11.*

eine Einrede, aber keine Klage gestatten; so würde dadurch eine den Worten und dem Zusammenhange der Gesetze widersprechende, Ungleichheit zwischen beyden Ehegatten eingeführt werden, indem der Mann, wenn er nicht im Vermögensverfall ist, immer die dos und propter nuptias donatio besitzt, also nur immer zu seinem, nie zu der Frau Vortheil, die Strafe nach dem Tode würde realisirt werden können. Die Gründe, worauf man jene erste Meinung stützt, seyen auch gar nicht geeignet, ein entgegengesetztes Resultat herbeyzuführen. Denn Erstens sey es ungegründet, daß hier eine actio vindictam spirans, oder auch nur eine poenalis angestellet werde; vielmehr habe die unschuldige Frau (denn der unschuldige Mann behalte nur, was er hat) ihre actio ex stipulatu wegen der dos, die vindicatio wegen der propter nuptias donatio anzustellen. Sodann könne das *fr.* 15. §. 1. *D. Soluto matrimonio* Nichts entscheiden, einmal, weil es nur von Exceptionen rede, ferner, weil es mit dem alten iudicio de moribus, und der actio rei uxoriae zusammenhänge, endlich weil es viel älter sey, wie die Strafen, von welchen hier gesprochen wird. Diese beruhten auf viel spätern Verordnungen, welche durchgehends auf ein wirkliches Verwirken hinzuweisen schienen.

Die dritte Classe entscheidet die Frage durch Distinktionen, jedoch auf verschiedene Art. Ein Theil [40]) unter-

*Cod. de repud. Nov. XXII. cap.* 18. *Nov. CXVII. cap.* 5. 2) Wo der Mann noch ⅛ der donatio propter nuptias aus eignem Vermögen zulegen muß. Auf alle Fälle scheine hier zu entscheiden, daß durch das Gesetz ein wirkliches Verwirken angeordnet sey. S. von Löhr a. a. O. Not. 24.

40) *Em.* Gonzalez Tellez Commentar. in libros Decretal.

scheidet, ob die Privations-Strafen durch eine Klage verfolgt, oder nur durch eine Einrede geltend gemacht werden sollen. Durch eine Klage könnten diese Strafen, als vindictam spirantes, nach allgemeinen Grundsätzen weder durch die Erben des Unschuldigen, noch gegen die Erben des Schuldigen verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte; wohl aber könnten die Erben des Unschuldigen sich durch Einreden im Besitz schützen. Auf diese Art, sagt man, lasse sich das römische und canonische Recht mit einander vereinigen [41]).

Andere [42]) hingegen machen den Unterschied, ob der Unschuldige starb, ehe noch die Ehe getrennt wurde, oder der schuldige Gatte. In jenem Falle unterscheiden sie weiter, ob der unschuldige Gatte bey seinen Lebzeiten gar keine Mine machte, die Strafen der Scheidung gegen den

Gregorii IX. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. verb. *Consanguineis* Tom. IV. p. 294 sq. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Observ. 122. und Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 470. So hat auch die hiesige Juristenfacultät gesprochen. S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle. 3. B. Nr. 46. S. 264 ff.

41) *L.* 15. §. 1. *D. Solato matrim. L.* 36. *Cod. ad L. Jul. de adulter. Cap.* 4. *X. de donat. inter vir. et uxor.*

42) *Ant.* Matthaei Commentar. ad libros Pand. de criminibus Lib. XLVIII. Tit. III. Cap. III. nr. 8 et 9. Bardili Diss. de divortio ex causa desertionis. (*Tubing.* 1673.) §. 66 sqq. Harpprecht Consil. XXVII. nr. 39 sq. Käpff Diss. cit. de effectu divortii quoad bona. §. 19. und Lud. Frieb. Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 4. B. S. 1235. f.

Schuldigen geltend zu machen, oder ob er seinen Unwillen z. B. durch Verstoßung des ehebrecherischen Weibes zu erkennen gegeben, und blos durch seinen Tod an der Anstellung der Ehescheidungsklage gehindert worden sey, ohne sich mit dem Schuldigen wieder ausgesöhnt zu haben. In jenem Falle könnten die Erben des unschuldigen Ehegatten gegen den Schuldigen weder klagen noch excipiren, sondern derselbe sey von aller Strafe frey. In dem letztern aber könnten die Erben des unschuldigen Gatten, der vor der Scheidung gestorben ist, aber mit dem Schuldigen sich nicht ausgesöhnt hat, diesem mit der Einrede des begangenen, zur Ehescheidung hinreichenden, Vergehens zurückweisen, wenn er auf die Zurückgabe des Heyrathsguts u. s. w. klagt. Eben so könnte denn auch in dem Falle, da der schuldige Gatte vor der Ehescheidung gestorben, der unschuldige den Erben des schuldigen Gatten, wenn sie z. B. das Heyrathsgut ihrer Erblasserin zurückfordern, die Einrede der höslich verletzten ehelichen Treue entgegen setzen, wenn nämlich das Vergehen genugsam erwiesen ist, und dem Schuldigen nicht verziehen wurde, solange er noch lebte.

Endlich unterscheiden auch noch einige [43]) zwischen dem römischen und canonischen Rechte. Nach dem römischen Rechte müsse die Ehescheidung wirklich erfolgt seyn, wenn die Privations-Strafen eintreten sollen [44]). Das

43) *Just. Henn.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 23—28. *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer Observation. select. ad *Carpzovium* P. II. Quaest. LXIV. Obs. 1. und *Car. Christph.* Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 495 et not. a.

44) *L.* 8. *D. de captivis.*

bloße Daseyn einer Handlung, welche die Ehescheidung begründet, reiche nicht zu. Stirbt also der eine oder der andere vor erfolgter Ehescheidung, so könnte jene Strafe weder von den Erben noch gegen dieselben weiter verfolgt werden. Nicht so nach dem canonischen Rechte [45]). Dieses lasse eine gänzliche Ehescheidung nicht einmal im Falle des Ehebruchs zu, sondern nach demselben ziehe schon das Verbrechen selbst die Strafen der Privation nach sich. Sie könnten also sowohl von den Erben, als gegen die Erben, durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden, wenn auch bey Lebzeiten der Ehegatten keine Ehescheidung erfolgt seyn sollte.

Prüfen wir diese verschiedenen Meinungen zuförderst nach dem römischen Rechte, so finden wir darin keine ganz bestimmte Entscheidung über unsere Frage. Nach dem ältern Recht, und solang das iudicium de moribus noch im Gebrauche war, ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, daß die Privationsstrafen weder von den Erben, noch gegen die Erben verfolgt werden konnten. Denn wäre auch in Ansehung dieses alten Rechtsmittels keine so ganz durchgreifende Constitution vorhanden, als die Kaiser Constantius und Constanz darüber wirklich erlassen haben, welche in der *L.* 1. *Cod. Theod. de dotibus* also lautet:

*De moribus actio* ultra personam extendi non potest: nec *in heredem* dabitur, nec tribuetur *heredi*;

so würde schon die Natur dieses Rechtsmittels ein solches Resultat herbeygeführt haben. Mittelst dieser actio ward nämlich entschieden, wer an der Scheidung Schuld war [46]). Von einer Bestrafung desjenigen Ehegatten, der

45) *Cap.* 4. *X. de donat. inter vir. et uxor.*

46) *L.* 39 *D. Soluto matrimonio.*

dabey in culpa war, konnte daher nicht eher die Frage seyn, als wenn der Richter, der dieses zu beurtheilen hatte [47]), den Ausspruch gethan, ob die Frau oder der Mann der schuldige Theil sey. Nun unterschied man zweyerley Arten von Strafen, 1) solche, wodurch die

[47]) Daß die Richter bey dem iudicio morum ehemals die Censoren gewesen, habe ich im 25. Th. dieses Commentars §. 1245. S. 346 f. mit Rävard behauptet, der dafür mehrere Stellen der Classiker angeführt hat. Da jedoch dieses alte iudicium de moribus gewöhnlich durch die actio rei uxoriae herbeygeführt wurde, welche vor dem Prätor angestellt werden mußte, und der Prätor auch hier, wie bey andern Klagen, wo es auf Untersuchung eines Factums ankam, einen Judex bestellte; so erklärt sich daraus, wenn Plinius *in Histor. naturali Lib. XIV. Cap.* 14. sagt: *Cn. Domitius* iudex pronuntiavit, mulierem videri plus bibisse, quam valetudinis causa, viro insciente, et dote multavit. Eben dieses bestätigt das Beyspiel bey Valerius Maximus *Lib. VIII. Cap. II. nr.* 3. Cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam impudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam, dote spoliare conaretur: *sumptus inter eos iudex*, in conspectu habita quaestione, subductum Titinium monuit, ut incepto desisteret, ac mulieri dotem redderet. Quod cum saepius frustra fecisset, coactus ab eo sententiam pronunciare, mulierem impudicitiae ream sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit: praefatus, idcirco se hunc iudicandi modum secutum, quod liqueret sibi, Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem, impudicae coniugium expetivisse. S. Gonzalez Tellez Commentar. in Decretal. Greg. IX. ad cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. Tom. IV. pag. 296. und *J. H.* Boehmeri ius eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 5. pag. 413.

Scheidung selbst, insofern sie verschuldet, das heißt, auf eine gesetzwidrige Art hervorgebracht worden, und 2) solche, wodurch das Vergehen unmittelbar bestraft ward, wovon die Scheidung die Folge gewesen. Beyde Arten der Strafen hatten jedoch mit einander gemein, daß der schuldige Ehegatte immer an der dos bestraft wurde. Nur der Unterschied fand Statt, daß wenn die Scheidung durch mores war veranlaßt worden, die Frau bey mores graviores, d. i. beym Ehebruche, ein Sechstheil der dos, bey mores leviores aber d. h. bey irgend einem andern Vergehen, ein Achttheil derselben verlor, der Mann hingegen bald durch frühere Herausgabe der dos, als wozu er sonst schuldig war, bald durch Verlust eines Theils der schon erhobenen Früchte bestraft wurde [48]; dahingegen im Falle einer frivolen Scheidung, wenn die Frau, oder ihr Vater, der sie in seiner Gewalt hatte, die Ehe ohne Grund aufkündigten und trennten, nur eine retentio propter liberos Statt fand, wobey auf jedes Kind ein Sechstheil der dos gerechnet wurde, welches jedoch zusammen die Hälfte der dos nicht übersteigen, auch niemals durch eine Klage verfolgt werden konnte; und wenn der Mann die Ehe willkürlich aufgehoben hatte, er das Heyrathsgut der Frau ganz herausgeben mußte, ohne der Kinder wegen etwas abziehen zu dürfen, deren Ernährung ihm nun allein zur Last fiel [49]. Nach dem römischen Rechte setzten also die Privationsstrafen immer eine wirkliche Ehescheidung voraus, sie werden daher auch in den römischen Gesetzen [50] poenae discidii genennt.

48) S. den 26. Th. dieses Commentars §. 1262. S. 324 f.

49) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 51.

50) *L.* 8. *D. de captivis L.* 38. *D. Soluto matrimonio.* Ulpian. *Fragm. Tit. VI.* §. 10.

Denn solange das divortium noch nicht in gesetzlicher Form erfolgt war, blieb die Ehe fortdauernd [51]), es konnten also auch die Folgen der Ehescheidung nicht eintreten. Sie konnten also auch nicht auf die Erben übergehen, wenn vor erfolgter Ehescheidung die Ehe durch den Tod war getrennt worden. Paulus sagt dieses ausdrücklich, wenn er in der *L.* 15. §. 1. *D. Soluto matrimonio* dem Erben des Mannes die morum coercitio abspricht. Hatte der Mann die Scheidung verschuldet, so konnte die Frau, wenn sie mit der rei uxoriae actio auf Restitution der dos klagte, zugleich die mores mariti anklagen. Daher sagt Quinctilian [52]): Quae in scholis *malae tractationis*, haec in foro *rei uxoriae actio* dicitur, cum quaeritur, utrius culpa divortium factum sit. Und Cujaz [53]) beweist aus dieser Stelle, actionem *de moribus* inesse actioni *rei uxoriae*. Et generaliter, setzt er noch hinzu, cum quaeritur, utrius culpa divortium factum sit, actio inest actioni. Quidni? Actio de in rem verso inest actioni de peculio; actio de dolo inest actioni ex emto, vel rei uxoriae. War hingegen die Scheidung durch die Schuld der Frau herbeygeführt worden; so konnte der Mann eine Exception aus dem Betragen der Frau herleiten, und sich der retentiones dotis bedienen [54]), wenn die Frau mit der rei uxoriae actio

51) *L.* 43. *in fin. D. ad Leg. Juliam de adulter. coercend. L.* 1. §. 1. *D. Unde vir. et uxor.*

52) *Institution. orator. Lib. VII. cap.* 4. (Tom. I. pag. 626. edit. *Burman.*)

53) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. de rei uxor. actione. §. *Taceat.*

54) Ulpianus *Tit. VI.* §. 9. 10 *et* 12.

auf Zurückgabe der dos klagte. Daher sagt Cujaz [55]) ganz richtig: Igitur *actio rei uxoriae* etiam mores mulieris mulctat et culpam. Eben dieses bestätiget eine Stelle aus Marcellus *libro singulari Responsorum*. Die *L.* 38. *D. Soluto matrim.*

Lucius Titius, cum esset filiusfamilias, voluntate patris uxorem Maeviam duxit, et dotem pater accepit. Maevia Titio repudium misit: postea pater repudiati, absente filio, sponsalia [56]) cum ea [57]) de nomine filii sui fecit. Maevia deinde [58]) repudium sponsalibus misit, atque ita alii nupsit. Quaero, si Maevia aget cum Lucio Titio quondam marito, et a patre herede relicto, *de dote*, et probetur, *culpa mulieris matrimonium dissolutum*, an possit maritus propter culpam mulieris *dotem retinere* [59])? Marcellus respondit, etiam si ut

55) Loc. cit.

56) *Jo. Guil.* Hoffmann in Observation. var. ad Pand. Diss. XXII. §. 7. liest hier mit Hülfe der Gemination sponsalia *alia*.

57) Mehrere, wie z. B. Haloander, Mräus, Baudoza und Merlinus, lesen cum *eadem* Dieser Lesart giebt Brenkman in dem Gebauer. Corp. iur. Not. 69. den Vorzug.

58) Statt *deinde* lesen einige denuo, z. B. Hal. und Baudoza. Allein die Lesart deinde kann füglich beybehalten werden, wie auch Hoffmann a. a. O. dafür hält.

59) Einige wollen dieses von dem Verlust der ganzen dos verstehen, und halten daher diese Stelle für interpolirt. S. *Franc.* Balduini Iustinianus Lib. II. ad L. un. C. de rei uxor. act. Verb. *Quartam caput.* und *Barn.*

heres institutus a patre Titius conveniretur, tamen si sponsalibus non consensisset [60]), *culpam mulieris multandam esse.*

Das iudicium de moribus, als Klage, hatte nur dann Statt, wenn entweder keine Kinder vorhanden waren, denn waren Kinder da, so konnte schon durch die retentio pro liberis das Höchste erlangt werden, was nur immer durch die accusatio morum zu erreichen stand, oder wenn der Mann, ohne sich des Retentionsrechts zu bedienen, das Heyrathsgut herausgegeben hatte [61]). Also nur, wenn Retention nicht ausreichte, hatte die actio de moribus Statt. Diese Klage ging zwar auf Bestrafung der mores, und entstand aus einem Delict. Denn das divortium culpa mulieris vel mariti factum wird in der *L.* 9. §. 3. *D. de minoribus* für ein delictum non modicum erklärt. Es war aber doch nur eine Civil- keine Criminalklage. Sie wird

Brissonius ad Leg. Iuliam de adulteriis, ad verba: *Qui deprehensum* pag. 127. sq. (*Heidelbergae* 1664. 8.) Allein das *dotem retinere* propter repudium missum kann auch eben so gut auf den theilweisen Verlust der dos gehen, wovon Ulpian Tit. VI. §. 10. spricht, wie schon Cujacius Observation. Lib. XXI. Cap. 17. *Ant.* Schulting ad Ulpian c. l. in Iurispr. vet. Anteiust. pag. 584. Not. 32. und *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Comment. Lib. II. Cap. 19. §. 2. pag. 332. bemerkt haben. M. s. auch Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. Th. §. 50. Not. 256.

60) Es schien zwar durch die von dem Vater aufs neue mit der geschiedenen Frau des Sohns geschlossene Sponsalien derselben Alles vergeben und erlassen zu seyn. Allein sie waren in der Abwesenheit des Sohns und ohne dessen Wissen und Willen geschlossen.

61) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 52. S. 191.

vielmehr von der accusatio adulterii ausdrücklich unterschieden, und dem Manne das iudicium de moribus versagt, wenn er turpissimo exemplo die angestellte Anklage fallen ließ, contentus lucrum ex dote retinere [62]). Als Pönalklage konnte sie auch neben der Anklage gar nicht bestehen [63]), und als vindictam spirans ging sie so wenig, als die Injurienklage, auf die Erben über [64]). *Malae* enim *tractationis* agimus, sagt Quinctilian [65]), dum *matrimoniorum* conqueri-mur *iniurias.*

62) *L.* 11. §. 3. *D. ad Leg. Iul. de adult. coercend.* Man vergleiche noch die *L.* 47. *D. Soluto matrimonio.*

63) *L.* 47. *D. Soluto matrim.* Hier sagt Scävola, aus dessen *lib. XIX. Quaestionum* diese Stelle genommen ist: Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, *nihil ex dote retinetur:* cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? Si tamen ex mente Legis sumet quis, *ut nec accusare possit*, qui lenocinium uxori praebuerit: audiendus est. Es wird hier die Meinung derjenigen gebilliget, welche nach dem Geist der Lex Iulia de adulteriis annehmen, daß auch die peinliche Anklage gegen die Frau, so wie bey dem iudicio de moribus die retentio dotis unstatthaft sey, wenn der Mann selbst die Frau verkuppelt hat. S. *Franc.* Duarenus in Tit. Dig. Soluto matrim. ad h. L. *Oper.* pag. 289. und *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de dotibus. Lib. III. Tit. 13. Tom. I. pag. 344. und ad *L. un. Cod. Theod. Victum civiliter agere et criminaliter posse.* Lib. IX. Tit. 20. Tom. III. pag. 187. edit *Ritter.*

64) Die actio de moribus gehört zu den Klagen, welche von den Gesetzen als eine Injurienklage behandelt wird. S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 26. S. 282 f. Not. 7.

65) *Declamat. XVIII.* Tom. II. pag. 353. edit. *Burman.*

Ob nun aber die Sache nicht einen andern Character angenommen habe, nachdem Justinian das iudicium de moribus ganz aufgehoben hat? dieß ist die Frage, welche eine nähere Erörterung verdient. Indem Justinian in der *L. un. Cod. de rei uxoriae actione* die alte rei uxoriae actio aufhebt, welche die Frau ehemals nach erfolgter Ehescheidung anstellte, und wobey das iudicium de moribus zur Sprache kam, sagt er im Eingange dieses Gesetzes:

Sancimus omnes dotes per *ex stipulatu actionem* exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non: ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta.

Dieser *actio ex stipulatu de dote* legt nun Justinian eine doppelte Eigenschaft bey, wodurch sie sich von der alten rei uxoriae actio unterscheidet. 1) Sie soll auf die Erben übergehen.

*L. un.* §. 4. *C. eodem.* Maneat *ex stipulatu actionis ius* ad successores, et sine mora transmissionis incorruptum.

2) Es sollen bey derselben kein retentiones, so wie bey der alten rei uxoriae actio, Statt finden, auch nicht ob mores, weil nun nach den Constitutionen ein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht.

§. 5. *L. un.* Taceat in ea *retentionum* verbositas. Quid enim opus est inducere *ob mores*, retentionem, *alio auxilio ex Constitutionibus introducto.*

Man vergleiche noch *Declamat. VIII.* pag. 171. und Quinctiliani *Institut. Orator.* Lib. IV. Cap. 2. Tom. I. pag. 326. und Lib. VII. cap. 4. pag. 630 et 631.

Die Gesetze, worauf hier Justinian verweist, konnten wohl damals, wie Balduin [66]) ganz richtig bemerkt, keine anderen seyn, als 1) die Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian, vermöge welcher der Ehegatte, der ohne eine in dem Gesetz bestimmte Ursache dem andern den Scheidebrief gegeben, oder durch eine solche Ursache die Ehescheidung verschuldet hat, wenn es die Frau ist, nicht nur ihre ganze dos, sondern auch die ante nuptias donatio verlieren, der Mann aber das Heyrathsgut herausgeben, und der donatio ante nuptias verlustig werden soll, wie aus *L.* 8. §. 4. *et* 5. *C. de repudiis* erhellet, und 2) die Verordnung des Kaisers Justinian, nach welcher der schuldige Ehegatte, wenn weder eine dos noch donatio propter nuptias bestellt worden ist, zur Strafe den vierten Theil des reinen Vermögens, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verlieren soll. Es ist die bekannte *L.* 11. *Cod. eodem*, welche Justinian zwey Jahre vor der *L. un. C. de rei uxor. act.* gegeben hat. Hiermit hatte nun zwar freylich die bey dem alten iudicio de moribus sonst nöthige Weitläuftigkeit mit der Berechnung der von der dos zu machenden Abzüge (retentiones), nämlich propter liberos und propter mores, welche Justinian hier mit Recht eine retentionum *verbositas* nennt, oder des von dem schuldigen Manne bey der Restitution der dos herauszugebenden Theils der Früchte, ein Ende; aber auch diese neuen Strafen setzten doch eine wirklich erfolgte Ehescheidung voraus. Denn nach der Verordnung des Kaisers Theodos [67]) sollte ja bey der Scheidung eine bestimmte,

66) Iustinianus. Lib. II. ad L. un. C. de rei uxor. act. Verb. Quartum. pag. 162. (*edit. de a* 1596. 8.)

67) *L.* 8. §. 3. *C. de repud.* Verb. tunc. enim necessario

von dem Gesetz gebilligte, Ursache vor Gericht bewiesen werden, nicht als ob die Scheidung hätte gerichtlich geschehen müssen, sondern dieß sollte nur soviel heißen, man müsse vor Gericht zeigen, daß man seinem Gatten rechtlich aufgekündiget habe [68]). Bey Ehebruch, Majestätsverbrechen, und Mißhandlungen sollte, in Ermangelung anderer Beweise, auch durch die Folter der Sclaven des Hauses, wenn sie schon mündig waren, der Beweis geführt werden können [69]). Daher sollten die Sclaven bey einem repudio misso propter suspicionem criminis adulterii, nicht unter zwey Monaten nach der Scheidung in Freyheit gesetzt werden dürfen, propter tormentorum quaestionem eis, si opus exegerit, imponendam [70]), welches Justinian in einer Verordnung vom J. 532 [71]) dahin zu erweitern für nöthig fand, daß, wenn etwa die Frau nach der Ehescheidung gestorben seyn sollte, die Sclaven, propter dotis quaestionem, utrum in lucro marito cedat, *an heredibus mulieris restituatur*,

discedendi permittimus facultatem, et causas discidii legibus *comprobare*. §. 4. Si vero *causam probaverit intentatam* (sc. mulier), tunc eam et dotem *recuperare*, et ante nuptias donationem lucro *habere*, aut legibus *vindicare* censemus.

68) S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian (Wetzlar 1812.) S. 34. Not. 1.

69) *L.* 8. §. 6. *Cod. de repud.*

70) *L.* 12. *L.* 14. *D. Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.* S. Hoffmann ad Legem Jul. de adulteriis coercend. lib. sing. Cap. VII. §. 5.

71) *L.* 36. *Cod. ad Leg. Jul. de adulter.*

erst nach zwey Monaten, von Zeit ihres Todes angerechnet, von den Erben sollten manumittirt werden dürfen. Da bey erfolgter Scheidung keine Wiederaussöhnung angenommen werden konnte, vielmehr der unschuldige Theil, der durch das gesetzwidrige Betragen des andern Theils zur Ehescheidung war veranlaßt worden, eben dadurch schon seine Absicht das Unrecht zu ahnden zu erkennen gegeben hatte, so mußten nun auch die Strafen der Scheidung sowohl von dem Erben des unschuldigen, als gegen die Erben des schuldigen Theils verfolgt werden können. Daher wiesen die Erben des unschuldigen Mannes das verbrecherische Weib, oder deren Erben mit der exceptio doli zurück, wenn sie ihre Ansprüche auf die dos oder propter nuptias donatio geltend machen wollten, wie nicht nur die Worte der *L.* 8. §. 5. *Cod. de repudiis*: Virum, si mulierem interdicta arguerit attentantem, *dotem sibi habere*, zu erkennen geben, sondern auch aus der *L.* 36. *C. ad Leg. Jul. de adulteriis* erhellet, wo deutlich ausgesprochen ist, daß propter dotis quaestionem der Beweis des Ehebruchs auch noch gegen die Erben der Frau geführt werden könne. Denn daß die Tortur der Sklaven vom Hause zum Behuf des Beweises erst nach der Scheidung erfolgte, lehrt uns Quinctilian[72], welcher sagt: Antequam torqueantur coniugis ministeria, prius est; *ut repudietur uxor*, ut divortio fiat in domo grande secretum. Eben so konnten aber auch nun die Strafen der Ehescheidung durch Klagen geltend gemacht werden, die auf die Erben übergingen, nämlich durch die actio ex stipulatu wegen der dos, und die vindicatio wegen der propter nuptias donatio, wie

72) *Declamat. XVIII.* Tom. II. pag. 359. edit. *Burman.*

aus *L. 8. §. 3. et 4. Cod. de repudiis*, und *L. un. §. 1. et 4. C. de rei uxoriae actione* erhellet. War hingegen die Ehe bey Lebzeiten der Ehegatten nicht durch Divortium getrennt, so konnten die Strafen derselben so wenig von den Erben als gegen die Erben geltend gemacht werden, weil man entweder eine erfolgte Wiederaussöhnung annahm, oder man mußte glauben, der Ehemann habe den Ehebruch der Frau begünstigt, und sich eines Lenocinium schuldig gemacht [73]). Daher wird auch noch in den neuesten Gesetzen des Kaisers Justinian das wirklich erfolgte Repudium als nothwendige Bedingung vorausgesetzt, wenn die Strafen der Privation Statt finden sollen. So heißt es in der Novelle *CXVII.* Kap. 8. §. 2.

Si maritus uxorem suam adulterii convinci posse existimaverit, convenit maritum primo mulierem vel etiam adulterum accusare, et si accusatio illa vera probata fuerit, tum *misso repudio*, maritus una cum donatione propter nuptias dotem quoque habeat: praeterea, si liberos non habeat, tantum ex reliquis bonis mulieris accipiat, quantum tertia pars dotis esse intelligitur: *ut dominio eius et dos et poena a nobis definita applicetur.*

Und so hat denn dieses Gesetz auch in den übrigen Fällen, wo es die Ehescheidung auch ausser der Ursache des Ehebruchs erlaubt, die den schuldigen Theil treffenden Strafen an die Bedingung des wirklich erfolgten Repudiums geknüpft. Man vergleiche nur den Anfang des 8. und 9. Kapitels der 117. Novelle

73) *L. 29. D. ad Leg. Jul. de adult. coerc.* S. *Ge. Frid.* Scharlach Observation. pract. de dotis privilegii, (*Hannoverae* 1798. 8.) Observ. XVIII. pag. 157.

Es fragt sich nun, ob das canonische Recht hierin mit dem römischen Rechte übereinstimme? Nun hat es zwar freylich die Strafe der Privation bestätiget, wie aus *cap* 4. X. *de donat. inter vir. et uxor.* erhellet. Allein mit der Ehescheidung konnte es diese Strafe nicht verbinden, weil es keine wahre Ehescheidung gestattet, und auch wegen des Grundsatzes vom Ehesacramente nicht gestatten konnte. Die lebenslängliche Scheidung von Tisch und Bett soll zwar die Stelle des Divortiums vertreten; allein es ist doch kein wahres Divortium, weil es dem unschuldigen Ehegatten, solang der schuldige Theil lebt, die Wiederverheyrathung nicht erlaubt. Das canonische Recht setzt daher den Grund der Strafe in dem Vergehen selbst, als der Ursache zur Ehescheidung, und nur erweisliche Wiederaussöhnung, soll die Strafe ausschließen. Hieraus folgt, daß nach dem canonischen Rechte die Strafe weder durch das Ehescheidungs-Urtheil, worin dieser Strafe keine Erwähnung geschehen ist, für ausgeschlossen zu halten sey, noch durch den Tod, der vor der Ehescheidung erfolgt ist, aufgehoben werde [74]). So wie sie also von den Erben des unschuldigen Theils verfolgt werden kann, so muß sie auch gegen die Erben des schuldigen Theils geltend gemacht werden können. Man betrachte nur unbefangen die Verordnung des Pabsts Clemens *III.* selbst.

Plerumque (*accidit, ut proponis, quod in parochia tua mulieres a viris suis causa fornicationis recedunt, et sic usque ad mortem ipsorum permanere noscuntur. Ipsis autem defunctis, cum a con-*

74) S. *Ge. Fr.* Scharlach Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVIII. pag. 157. sq.

*sanguineis, ad quos hereditates eorum perveniunt, dotem suam cum dotalitio repetunt; eis audientiam denegant, et eis nolunt restituere, quod reposcunt; ob hanc causam, quia in eo ipso se indignas fecisse noscuntur, quod a viris causa fornicationis duxerunt recedendum* [75]). *In hoc casu itaque dicimus, quod*), si (*aliqua*) mulier ob causam (*suae*) fornicationis iudicio ecclesiae, aut propria voluntate a viro (*suo*) recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, (*inde, defuncto ipso*) dotem vel dotalitium (*suum*) repetere non valebit.

Diese Stelle beweist nun ganz klar, daß die Privatstrafe der Privation noch nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten von desselben Erben gegen den schuldigen Theil geltend gemacht werden kann, wenn auch die Ehe bey dessen Leben nicht durch den geistlichen Richter wäre geschieden worden. Daß sie auch gegen die Erben des schuldigen Theils verfolgt werden könne, kann keinem Zweifel unterworfen seyn, denn kann der ehebrecherischen Frau die Einrede des begangenen Verbrechens entgegen gesetzt werden, wenn sie auf die Zurückgabe ihres Heyrathsguts und anderer in den Ehepacten ihr versprochener Vortheile klagt; so versteht es sich wohl von selbst, daß auf gleiche Weise auch die Erben derselben zurückgewiesen werden können. Es muß nur das Vergehen völlig erwiesen, und keine Wiederaussöhnung erfolgt seyn. Da jedoch das canonische Recht bloß von einer Zurückweisung des schuldigen Theils spricht, welche mittelst einer Exception

75) Die hier eingeklammerten, und durch Cursivschrift ausgezeichneten Worte hat Böhmer in seiner Ausgabe aus einer ältern Decretalen-Sammlung ergänzt.

geschieht; so entsteht die Frage, ob nicht die Privationsstrafe von den Erben des unschuldigen Theils, und gegen die Erben des schuldigen Gatten auch durch eine Klage verfolgt werden könne? Hier ist soviel gewiß, daß wenn die Ehescheidungsklage beym Leben des unschuldigen Theils angestellet worden, dieselbe, wenn auch die Ehe durch den Tod wäre getrennt worden, ehe noch der Scheidungsprozeß geendigt war, in Absicht auf die Privationsstrafe, sowohl von den Erben des unschuldigen Theils, als gegen die Erben des schuldigen Gatten fortgesetzt, und wenn das Vergehen des letztern hinlänglich erwiesen ist, darauf erkannt werden könne. Wie aber, wenn der Tod die Ehe trennte, ehe noch der unschuldige Theil auf Ehescheidung geklagt hatte, findet dann noch eine Privationsklage statt, wenn sich das verwirkte Vermögen in den Händen des schuldigen Theils, oder seiner Erben befindet? Hierüber enthält das canonische Recht keine Entscheidung. Es müssen also die Grundsätze des Civilrechts zur Anwendung kommen, welche in diesem Falle durch das canonische Recht nicht aufgehoben worden sind. Nun ist die Klage auf Privation gegen den schuldigen Ehegatten ohne Zweifel eine Pönalklage, welche aus einem Delict entsteht. Denn die Gesetze nennen das divortium culpa factum ein Delict[76]), und die Nachtheile, welche den schuldigen Ehegatten treffen, eine Strafe[77]). So wie nun jene alte actio de moribus von den Gesetzen als eine wahre Injurien-Klage behandelt wurde, die weder von den Er-

76) *L.* 9. §. 3. *D. de minorib.*

77) *L.* 15. §. 1. *D. Soluto matrimon. L.* 8. §. 4. *L.* 11. §. 1. *Cod. de repud. Nov. CXVII. Cap.* 8. §. 2.

ben noch gegen die Erben angestellt werden konnte [78]); so kann auch die heutige Ehescheidungsklage, als welche in einer Verletzung der ehelichen Treue ihren Grund hat, und daher eine Verletzung vollkommener Rechte, eine Kränkung des unschuldigen Theils vorausgesetzt, die derselbe durch Anstellung der Klage zu ahnden sucht, aus eben diesem Gesichtspuncte um so mehr betrachtet werden, da die Gesetze [79]) bey der Bestimmung der Privationsstrafen ausdrücklich von einer calumnia, von einer contumelia reden. Es müssen also die Grundsätze von Injurien-Klagen eintreten, welche bekanntlich weder von den Erben, noch gegen die Erben angestellt werden können, wenn sie nicht noch bey Lebzeiten des Beleidigten sind angestellet worden [80]). Jedoch ist dieses nur von dem zu verstehen, was eigentlich Strafe zu nennen ist. Man vergleiche die *L.* 11. §. 1. *C. de repud.* und *Nov. CXVII. Cap.* 8. §. 2. *et Cap.* 9. §. 4. *et* 5. Denn die Vortheile,

78) S. *Jac.* Gothofredus ad L. 1. Cod. Theod. de dotibus. III. 13.

79) *Nov. CXVII. Cap.* 9. §. 4. *et* 5.

80) §. 1. *I. de perpet. et temporal. action.* Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt, aut a Praetore dantur, et in heredem aeque competunt, aut dari solent. Est enim certissimi iuris regula: *ex maleficiis* poenales actiones in heredem non competere. — Sed heredibus huiusmodi actiones competunt, — excepta iniuriarum actione, *et si qua alia similis inveniatur.* Cujacius in Notis ad Instit. ad h. §. Rittershusius Comm. ad Inst. ad eundem §. pag. 693. und Marcilius ad eund. §. in *Jan. a* Costa Comment. ad Institut. rechnen alle unter andern auch die alte actio *de moribus* dahin. Man sehe auch Hoyacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 497.

welche dem unschuldigen Ehegatten aus dem Vermögen des schuldigen Theils in den Eheverträgen auf den Todesfall zugesichert worden sind, kann derselbe mit Recht auch noch von den Erben des schuldigen Theils fordern. Denn durch die unerlaubte Handlung des Andern konnten sie ihm nicht verloren gehen. Dahin gehört die donatio propter nuptias, das dotalitium, die Wiederlage, oder Leibgeding, welches die unschuldige Frau so gut, wie ihr eingebrachtes Heyrathsgut, von den Erben des schuldigen Mannes zu verlangen befugt ist [81]). So hebt sich denn auch der Einwurf, den man der Ansicht, nach welcher zwar Einreden für und gegen die Erben, aber keine Klagen gestattet werden, entgegen setzt, nämlich daß dadurch eine den Gesetzen widersprechende Ungleichheit zwischen beyden Ehegatten eingeführt werden würde, indem der Mann fast immer die dos und propter nuptias donatio besitze, und also immer nur zu seinem, nie aber zum Vortheil der Frau, die Strafe nach dem Tode würde realisirt werden können. Denn auch der unschuldige Mann kann in die Lage kommen, Klage zu erheben, z. B. wenn ihm das Heyrathsgut, welches die ehebrecherische Frau verwirckt hat, blos versprochen worden ist [82]).

§. 1272. a.

2) Strafen der Ehescheidung durch Verlust der ehelichen Vortheile.

Ausser dem Vermögensverluste, womit der schuldige Theil zum Besten des Unschuldigen und der Kinder bestraft

81) S. Schott Eherecht §. 225. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. §. 494. nr. I.

82) S. Boehmer Diss. de privatione dotis ex capite adulterii. Cap. II. §. 5.

wird, macht sich derselbe auch noch II. der ehelichen Vortheile (lucra nuptialia) verlustig, welche ihm nach den Gesetzen, Herkommen und Eheverträgen gebühren [83]). Dahin gehört z. B. die donatio propter nuptias, das Dotalitium oder Leibgeding [84]), der sogenannte Altentheil, als Inbegriff der Vortheile, welche einem Ehegatten zum lebenslänglichen Unterhalte aus dem Bauernhofe in der Eheberedung sind zugesichert worden [85]), nicht minder der Nießbrauch, welchen sonst der überlebende Ehegatte auf gewissen Gütern, die der Verstorbenen besaß, und nun an einen Dritten eigenthümlich gefallen sind, genießen darf [86]);

83) Bardili Diss. de divortio ex causa desertionis. §. 55 et 57. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 20. §. 32. Hofacker c. l.

84) Nettelbladt de dotalitio. §. 34. und Hennig vom Recht und Verlust des Vermögens der Frauen bey erfolgter Ehescheidung §. 15.

85) S. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. B. LII. Erört. und Christ. Ludw. Runde Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauerngütern. (Oldenburg 1805. 8.) 2. Th. §. 83.

86) S. Bardili Diss. cit. §. 57. fin. *Ferd. Christph.* Harprecht Diss. de impedimentis ususfructus statutarii materni. §. 3. (in Eius *Dissertation. academicarum* Vol. II. Disp. LXXVII. pag. 1552). *Frid. Lud.* Penzenkhuffer Diss. de usu matri competente. *Erlangae* 1760. §. 29. Den Nießbrauch, welchen der schuldige Gatte nicht als Gatte des unschuldigen, sondern aus einem andern Grunde genießt, verliert er durch die Scheidung nicht. S. Grisingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht IV. B. §. 286. S. 1242. Not. p.

dieß alles verliert der schuldige Gatte. Einige [87]) rechnen auch noch die eheliche Errungenschaft hierher, wenn die Ehegatten in der Güter-Gemeinschaft lebten; allein von Andern [88]) wird dieses mit Grund geläugnet. Daß aber der schuldige Ehegatte auf eine statutarische Portion keinen Anspruch machen könne [89]) versteht sich von selbst, weil sogar dem unschuldigen Gatten nach getrennter Ehe in dem Vermögen des schuldigen Gatten kein Intestaterbrecht zusteht [90]).

§. 1272 b.

3) Wirkungen der Ehescheidung in Rücksicht der Kinder.

Soviel endlich III. die rechtlichen Folgen der Ehescheidung in Rücksicht der in der Ehe erzeug-

87) Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 494. *Car. Gail.* Sundheim Diss. de effectu divortii quoad bona inter coniuges communia. §. 14 et 16. und Dabelow Grdf. des allgemeinen Eherechts der deutsch. Christen §. 338.

88) S. *Ferd. Christ.* Harpprecht Diss. de communione lucrorum coniugalium inter coniuges separatos. §. 21. (*Dissertation. academicar.* Vol. II. Disp. LXXXI. pag. 1795.) Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß über das Vermögen ihrer Männer 1. Th. §. 97—104. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6 B. §. 609. S. 442. Kapff Diss. de effectu divortii, quoad bona, §. 21. und Klüber kleine iurist. Bibliothek. 6. B. St. 23. Nr. LVIII. S. 281. f.

89) S. Bardili Diss. de portione statutar. coniugum (*Tüb.* 1670.) §. 42. Malblanc Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 643. pag. 730. und Griesinger's angef. Commentar. IV. B. S. 1241. f.

90) S. Hofacker c. l. §. 494. nr. III. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 412.

ten Kinder anbetrifft; so ist 1) soviel gewiß, daß sie, der erfolgten Trennung ungeachtet, in Ansehung ihres Erbfolgerechts keinen Nachtheil erleiden [91]). 2) den Kindern soll das Eigenthum an den Gütern erhalten werden, welche der unschuldige Gatte aus dem Vermögen des Schuldigen lucrirt hat, und von denen dem unschuldigen Gatten blos der Nießbrauch auf seine Lebenszeit zustehen soll. Er darf daher nichts davon veräussern, noch verpfänden. In der Constitution der Kaiser Theodos und Valentinian, *L.* 8. §. 7. *Cod. de repudiis* heißt es:

Si vero filio vel filiis, filia vel filiabus extantibus, repudium missum est, *omne, quicquid ex nuptiis lucratum est, filio seu filiis, filiae seu filiabus, post mortem accipientis servari:* id est, si pater temere repudium miserit, donationem ante nuptias a matre servari: si mater, dotem ipsam eidem vel eisdem filio seu filiae patre moriente dimitti censemus: patri videlicet vel matri in scribendis filiis heredibus, si unum seu unam vel omnes scribere, vel uni ex his donare velit, electione servata: *nec ullam alienandi seu supponendi memoratas res permittimus facultatem.* Sed si aliquid ex iisdem rebus defuerit, ab heredibus seu earum detentatoribus (si tamen non ipsos heredes scripserit, aut scripti filii non adierint) resarciri praecipimus: ut etiam hoc modo inconsulti animi a repudio mittendo detrimento retrahantur.

Nach dieser Constitution soll jedoch der unschuldige Ehegatte den Gewinn einem von mehreren Kindern vor-

91) *Nov. CXVII. cap.* 7. S. von Quistorp Grundsätze des deutsch. peinl. Rechts 2. B. §. 461. S. 228. der Kleinischen Ausg.

zugsweise zuwenden dürfen. Sind Sachen davon veräußert worden, so können die Kinder, wenn sie nicht Erben geworden sind, von den Erben Ersatz fordern, oder die Sachen von den Besitzern derselben vindiciren. Das Nämliche hatte Theodos schon in einer frühern Constitution vom Jahre 439. verordnet, welche sich in der von Ritter edirten Collectio Novellarum Constitutionum Imperator. Justiniano anteriorum. Lib. I. Tit. 7. befindet [92]). Was hier in Absicht auf Heyrathsgut und donatio propter nuptias verordnet worden ist, das ist von Justinian in der *L. 11. §. 1. Cod. de repud.* auf das Surrogat derselben, nämlich den vierten Theil des Vermögens, welchen der schuldige Gatte verlieren soll, ausdrücklich ausgedehnt worden. Justinian sagt nämlich daselbst:

Hoc lucro quartae partis, filiis quidem non extantibus, ipsi viro et mulieri competente, et ab his, quomodo voluerint, disponendo: *filiis autem, et deinceps personis ex eodem matrimonio intervenientibus, eis servando ad similitudinem dotis, et propter nuptias donationis per omnia, quae super his statuta sunt.*

Es fragt sich aber, ob dieses Wahlrecht, welches dem unschuldigen Gatten in diesen Gesetzen unter seinen Kindern in dem Falle gegeben wird, wenn durch eine Scheidung ein Heyrathsgut, oder eine donatio propter nuptias, oder in deren Ermangelung der vierte Theil von dem Vermögen des Schuldigen gewonnen wird, ihm noch jetzt zustehe? Hugolinus und Azo, und nach ih-

92) S. Cod. Theod. Tom. VI. P. II. pag. 22.

neu Cujaz[93]), dem auch Boley[94]) beystimmt, bezweifeln dieses nicht. Zwar sey den Eltern dieses Wahlrecht unter ihren Kindern in Ansehung derjenigen lucrorum nuptialium in der *Nov.* 2. *Cap.* 1. und *Nov.* 22. *Cap.* 25. genommen, woran sie das Eigenthum durch das Ueberschreiten zur zweyten Ehe an die Kinder verloren haben, das ihnen vorher zustand; allein diese Gesetze fänden hier keine Anwendung. Denn bey der Scheidung sey schon das Daseyn der Kinder ein Hinderniß, daß der unschuldige Theil die Substanz selbst nicht lucriren könne. Es falle auch hier der Grund weg. Denn durch die zweyte Ehe fügen die Eltern ihren Kindern auf gleiche Weise Unrecht zu; es müssen also auch alle auf gleiche Weise entschädigt werden. Justinian sage in der *Nov.* 2. *Cap.* 1.

Quare electiones illas, nec confusas, nec indistinctas relinquere, sed hanc rem ita ordinare nobis visum est, ut matre semel secundas nuptias contrahente[95]) omnes liberi proprietatem donationis ante nuptias statim lucrifaciant, neque ullo modo matri quosdam ex liberis eligere, quosdam vero iniuria afficere liceat, *quia omnibus simul per secundas nuptias iniuriam intulit.*

93) Novellar. Constitution. Imp. *Justiniani* expositio. ad Nov. 2.

94) Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. (Stuttgart 1800. 8.) Nr. IX. S. 311. f. Dieses scheint auch Thibaut's Meinung zu seyn. S. desselben System des P. R. 1. B. §. 469.

95) Was hier von der Mutter gesagt ist, soll nach dem 2. Kap. dieser Novelle auch vom Vater gelten.

Sollte nun die zweyte Ehe wirklich ein Unrecht gegen die Kinder der ersten Ehe seyn; so würden sich diese nur über den schuldigen, nicht über den unschuldigen Gatten zu beschweren haben; weil die zweyte Ehe des Letztern nie würde Statt gefunden haben, wenn nicht die erste Ehe durch das Vergehen des Erstern aufgelößt worden wäre. Ueberdem aber rede ja diese Novelle nur von dem Falle, wenn die Ehe durch den Tod getrennt worden sey, nicht aber von dem Falle der Scheidung. Denn in dem speciellen Falle, von welchem diese Novelle redet, und der die Veranlassung zu dem Gesetz gegeben, war die Ehe durch den Tod getrennet worden.

Allein daß Justinian das ius eligendi der Eltern für beyde Fälle abgeschafft wissen wollte, scheint mir keinem Zweifel unterworfen zu seyn. Vergleicht man, was die Gesetze über die lucra nuptialia bey dem Ueberschreiten zur zweyten Ehe verordnet haben, so haben diese Bestimmungen eine große Aehnlichkeit mit dem, was hier über die lucra nuptialia bey verschuldeten Ehescheidungen verordnet worden ist. In beyden Fällen soll das Eigenthum der lucrorum nuptialium, was dort durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten, und hier durch die Ehescheidung gewonnen worden ist, den in der Ehe erzeugten Kindern erhalten werden. In beyden Fällen ist dem gewinnenden Ehegatten die Veräusserung untersagt, und in beyden Fällen war demselben die Wahl gestattet, den Gewinn einem oder einigen von mehreren Kindern, welchen sie wollten, vorzugsweise zuzuwenden [96]). Wenn nun Justinian in der Novelle XXII. Cap. 30. sagt:

96) *L.* 3. *pr. L.* 5. *pr. Cod. de secundis nupt.* S. Cujacius in Exposit. Novellar. ad Nov. 2. und von Löhr

Quoniam vero continua oratione ubivis de lucris in solutionibus, quae per mortem fiunt, sancivimus, breviter et hoc addimus, ut quaecunque parentes, *matrimonio per repudium soluto*, sive bona gratia misso, *sive aliter*, aut dotis aut donationis titulo lucrati fuerint, *haec omnia ad imitationem lucrorum, quae morte obveniunt, liberis serventur.* Idque ipsum etiam servetur *in uxoribus indotatis, ubi earum temeritatem lata a nobis constitutio punivit*[97]). Nec distinguimus, *cuius culpa matrimonium repudio solutum sit.* Quocunque enim modo se res habeat, *in illis quoque id, quod lucratum est, liberis illius matrimonii, ex quo liberi illi nati sunt, servetur*, sive prius matrimonium *repudio* solutum sit, sive etiam secundum, etsi tertiae nuptiae secutae non sint:

so kann wohl kein gegründeter Zweifel mehr übrig seyn, daß das von den Kaisern Theodos und Valentinian dem unschuldigen Gatten in Ansehung des lucri nuptialis bey Ehescheidungen unter den Kindern gestattete Wahlrecht vom Kaiser Justinian aufgehoben worden sey. Die Gleichstellung, ist aber, wie mir dünkt, durch die Novelle *XCVIII.* Kap. 1. vollendet, nach welcher auch in dem Falle, da die Ehe durch den Tod ist aufgelöset worden, den Kindern die dos, welche der Mann nach dem Tode der Frau, so wie die donatio propter

Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian (Wetzlar 1812.) S. 25. Not. 1.

97) Es ist *L.* 11. *Cod. de repud.*

nuptias, welche die Frau nach dem Tode des Mannes lucrirt hat, erhalten werden soll, so daß diesen das Eigenthum, den Eltern aber nur auf Lebenszeit der Nießbrauch daran zustehen soll, ohne Unterschied, sie mögen zur andern Ehe schreiten, oder nicht, und also hierin ein gleiches Recht gelten soll, die Ehe möge durch den Tod, oder auf irgend eine andere Art getrennt worden seyn. Die Worte der Novelle XCVIII. Kap. 1. lauten folgendermassen nach Homberg:

Quam ob rem sancimus, si mulier moriatur, et maritus *dotem* lucretur, *ut illa liberis omnino servetur, sive secundas nuptias contraxerit, sive non*: contra ea, si vir moriatur, mulier vero *donatione ante nuptias* fruatur, *ut illa quoque omni modo lucra donationis ante nuptias omnibus liberis suis servet*, et ususfructus quidem lucrorum nuptialium penes eos sit, *dominium vero liberis illorum omni modo servetur*, et quae de parentibus secundas nuptias contrahentibus sancita sunt, in suo ordine custodiantur [98]). *Atque hoc obtineat in matrimoniis, quae quocunque modo ex hodierna die et omni futuro tempore soluentur*: nec non in matrimoniis, quae soluta quidem sunt vel morte, vel alio quocunque modo, adhuc vero durant, eo quod unus adhuc superstes sit. Si enim ambo defuncti sunt, id heredibus non damus, sed tanquam semel determinatum veteribus legibus relinquimus: *cum*

98) Justinian hat zwar diese Verordnung nachher durch die Novelle 127. Kap. 3. zu Gunsten des überlebenden Ehegatten wieder abgeändert. S. den 24. Theil dieses Comment. §. 1217. S. 132 f. Dieß ist aber hier ohne Einfluß.

*hoc manifestum sit, si illa semel liberorum facta fuerint, et lex dominium ipsis tribuat, quod tunc successiones, ceteraeque accessiones ita in his futurae sint, quemadmodum in prioribus liberis sancitum est, qui propter secundas nuptias parentum lucrum aliquod a legibus consecuti sunt.*

Daher ist auch in den neuesten Gesetzen, welche von den Strafen der Ehescheidung handeln, z. B. in der Novelle 117. Kap. 8 und 9. von einem dem unschuldigen Theile in Ansehung des lucri nuptialis unter den Kindern zustehenden Wahlrechts gar keine Rede mehr, sondern es wird blos gesagt, den Kindern solle das Eigenthum davon nach den darüber vorhandenen Gesetzen erhalten werden. Nachdem also Kaiser Justinian das den Eltern in Ansehung des lucri nuptialis zustehende Wahlrecht aufgehoben hat, und alle Kinder einen gleichen Antheil daran haben sollen, dessen sie sich nur durch eine solche Undankbarkeit verlustig machen, welche die Enterbung verdient [99]); so enthält nun die den Eltern zur Pflicht gemachte Erhaltung des Gewinnes für die Kinder ohne Zweifel eine gesetzliche Uebertragung des Eigenthums an dieselben [100]), welche denn auch, wenn eins von den Kindern bey Lebzeiten des unschuldigen Gatten stirbt, eine Vererbung seines Antheils zur Folge hat, und nur zufällig kann es geschehen, daß wenn die Kinder vor demselben gestorben sind, dieser dann mit

99) *Nov. XXII. Cap.* 26. §. 1. und *Nov. XCVIII.* Praefat. in fin.

100) *Nov. II. Cap.* 2. Verb. cum *lex* proprietatem donationis propter nuptias in liberos *transferat.*

dem bis dahin gehabten Nießbrauche auch das Eigenthum erwirbt [1]).

3) Die Kinder der geschiedenen Ehegatten werden nicht getheilt, sondern dem unschuldigen Theile zur Erziehung überlassen. Jedoch liegt die Alimentation ohne Unterschied dem Vater ob, er sey der schuldige oder unschuldige Theil [2]). Die Mutter ist dazu nur im Nothfalle ver-

1) *Nov. XXII. Cap.* 25. Venient vero lucra haec ad omnes liberos, qui ex prioribus nuptiis suscepti sunt. Non enim permittimus parentibus, *ut non recte introducta electione adversus eos utantur*, et alii quidem ex liberis quid dent, alium vero iniuria afficiant. Omnes enim secundis nuptiis pari contumelia affecti sunt. Nam si parentes omnibus liberis suis aequaliter heredes sunt, nec huic quidem succedunt, illi vero non item, cur non et ipsi eodem modo erga omnes, quantum ad hanc rem, affecti sunt, sed hos eligunt, illos vero contemnunt? Ideoque quilibet horum pro portione lucretur: idque, si liberos habet, ad eos transmittat. Hi vero pro numero personarum, quotquot sint, id inter se dividant, patris tamen portionem non excedant. Man verbinde damit noch das folgende *Cap.* 26. Anderer Meinung ist jedoch Boley in den Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. Nr. IX. S. 309 ff.

2) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 24. *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias, per sententias a Collegio ICtorum Lipsiensium latas illustrator. Volum I. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. XXXVII. pag. 153—156. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 406. Webers Erläuterung der Pandecten Th. 2. §. 1272. Albr. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 717. (der dritten

*hoc manifestum sit, si illa semel liberorum facta fuerint, et lex dominium ipsis tribuat, quod tunc successiones, ceteraeque accessiones ita in his futurae sint, quemadmodum in prioribus liberis sancitum est, qui propter secundas nuptias parentum lucrum aliquod a legibus consecuti sunt.*

Daher ist auch in den neuesten Gesetzen, welche von den Strafen der Ehescheidung handeln, z. B. in der Novelle 117. Kap. 8 und 9. von einem dem unschuldigen Theile in Ansehung des lucri nuptialis unter den Kindern zustehenden Wahlrechts gar keine Rede mehr, sondern es wird blos gesagt, den Kindern solle das Eigenthum davon nach den darüber vorhandenen Gesetzen erhalten werden. Nachdem also Kaiser Justinian das den Eltern in Ansehung des lucri nuptialis zustehende Wahlrecht aufgehoben hat, und alle Kinder einen gleichen Antheil daran haben sollen, dessen sie sich nur durch eine solche Undankbarkeit verlustig machen, welche die Enterbung verdient [99]); so enthält nun die den Eltern zur Pflicht gemachte Erhaltung des Gewinnes für die Kinder ohne Zweifel eine gesetzliche Uebertragung des Eigenthums an dieselben [100]), welche denn auch, wenn eins von den Kindern bey Lebzeiten des unschuldigen Gatten stirbt, eine Vererbung seines Antheils zur Folge hat, und nur zufällig kann es geschehen, daß wenn die Kinder vor demselben gestorben sind, dieser dann mit

99) *Nov. XXII. Cap.* 26. §. 1. und *Nov. XCVIII.* Praefat. in fin.

100) *Nov. II. Cap.* 2. Verb. cum *lex* proprietatem donationis propter nuptias in liberos *transferat.*

dem bis dahin gehabten Nießbrauche auch das Eigenthum erwirbt [1]).

3) Die Kinder der geschiedenen Ehegatten werden nicht getheilt, sondern dem unschuldigen Theile zur Erziehung überlassen. Jedoch liegt die Alimentation ohne Unterschied dem Vater ob, er sey der schuldige oder unschuldige Theil [2]). Die Mutter ist dazu nur im Nothfalle ver-

1) *Nov. XXII. Cap.* 25. Venient vero lucra haec ad omnes liberos, qui ex prioribus nuptiis suscepti sunt. Non enim permittimus parentibus, *ut non recte introducta electione adversus eos utantur*, et alii quidem ex liberis quid dent, alium vero iniuria afficiant. Omnes enim secundis nuptiis pari contumelia affecti sunt. Nam si parentes omnibus liberis suis aequaliter heredes sunt, nec huic quidem succedunt, illi vero non item, cur non et ipsi eodem modo erga omnes, quantum ad hanc rem, affecti sunt, sed hos eligunt, illos vero contemnunt? Ideoque quilibet horum pro portione lucretur: idque, si liberos habet, ad eos transmittat. Hi vero pro numero personarum, quotquot sint, id inter se dividant, patris tamen portionem non excedant. Man verbinde damit noch das folgende *Cap.* 26. Anderer Meinung ist jedoch Boley in den Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien. Nr. IX. S. 309 ff.

2) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 24. *Henr. Gottfr.* Bauer Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias, per sententias a Collegio ICtorum Lipsiensium latas illustrator. Volum I. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. XXXVII. pag. 153—156. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 406. Webers Erläuterung der Pandecten Th. 2. §. 1272. Albr. Schweppe Römisches Privatrecht. §. 717. (der dritten

pflichtet, wenn der Vater unvermögend ist. Im Zweifel ist es jedoch dem richterlichen Ermessen anheimzustellen, wenn es rathsamer seyn sollte, die Kinder, ohne Rücksicht, wer der schuldige Theil ist, bey demjenigen der geschiedenen Eltern, es sey der Vater, oder die Mutter, erziehen zu lassen, wo es für die Kinder am vortheilhaftesten seyn dürfte. Folgende zwey Constitutionen sind hier vorzüglich merkwürdig [3]).

*L. un. C. Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant.* Impp. Diocletian. et Maxim. AA. et CC. *Caelestinae.* Licet neque nostra, neque Divorum Parentum nostrorum ulla Constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur: competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutriri debeant.

*Nov. CXVII. Cap.* 7. nach Hombergk: Illud quoque definiendum esse duximus, ut, si forte nuptias inter virum et uxorem solvi contingat, liberi, qui ex nuptiis illis nati sunt, nullo modo separatione matrimonii laedantur, sed ad parentum hereditatem vocentur, *ex patris substantia sine*

Ausgabe. Altona 1822.) und Fritz: Welcher von den geschiedenen Ehegatten hat die gemeinschaftlichen Kinder zu ernähren? in dem Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Carl von Grolman und Egid. von Löhr. 4. Bandes 2. St. Nr. XII. S. 247—254.

3) S. Ge. Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 1. B. 1. Abth. Nr. 23. Qu. 4. S. 193—195.

*dubio alendi.* Et si quidem pater occasionem separationi praebuit, et mater secundas nuptias non contraxit, a matre alantur, patre sumtus praebente. Si vero culpa matris matrimonium solutum probetur, tunc apud patrem liberi et habitent, et alantur. Quod si patrem inopem, matrem autem divitem esse, contingat, iubemus, ut apud illam inopes liberi maneant, ab eaque alantur. Quemadmodum enim divites liberi egentem matrem alere coguntur, ita iustum iudicamus, ut etiam liberi a divite matre alantur.

Die Kinder sollen also, sagt hier Justinian, zur Erbschaft ihrer Eltern eben so, als wenn keine Scheidung vorgefallen wäre, gerufen, und aus dem Vermögen ihres Vaters ohne Zweifel ernährt werden. Hat der Vater die Scheidung verschuldet, so sollen die Kinder bey der Mütter, so lange sie nicht zur zweyten Ehe geschritten, auf Kosten des Vaters ernährt werden. Wäre aber die Mutter der schuldige Theil, so sollen die Kinder bey dem Vater wohnen, und von ihm ernährt werden. Nur wenn der Vater arm ist, die Mutter aber das gehörige Vermögen besitzt, sollen die Kinder bey der Mutter bleiben, und von ihr ernährt werden. Ob sie der schuldige Theil ist, oder nicht, unterscheidet das Gesetz nicht weiter, sondern giebt blos den Grund an, weil es Recht und billig sey, daß so wie die Kinder, wenn sie vermögend sind, ihre arme Mutter ernähren müssen, eben so auch die unbemittelten Kinder von ihrer reichen Mutter ernährt werden. Es ergiebt sich hieraus, daß die gemeine Behauptung, welcher auch unser Hellfeld treu geblieben ist, als seyen nämlich, bey erfolgter Ehescheidung, die Kinder bey

dem unschuldigen Gatten auf Kosten des schuldigen Theils zu erziehen[4]), den Gesetzen keinesweges gemäß sey. Justinian sagt ja ausdrücklich, die Ehescheidung solle den in der Ehe erzeugten Kindern zu keinem Nachtheil gereichen. Nun könnte es aber für die Kinder sehr nachtheilig werden, wenn ihnen, statt ihres gesetzlichen Versorgers, ein anderer Schuldner angewiesen werden sollte, und zwar gerade derjenige, welcher durch sein schlechtes Betragen gezeigt hat, wie wenig er die heiligen Rechte und Pflichten des Ehe- und Familienbandes achte. Deswegen sagt das Gesetz, die Kinder sollen aus dem Vermögen ihres Vaters ohne Zweifel ernährt werden. Der Grund jenes gemeinen Irrthums beruhet in dem falschen Auszuge, den Irnerius aus unserer Novellenstelle gemacht hat.

Es ist die *Auth.* Si pater. *Cod. Divortio facto, apud quem liberi morari vel educari debeant*, welche folgendermassen lautet.

Si pater causam divortii praestiterit, apud matrem ad secundas nuptias non venientem liberi nutriantur patris expensis. Si vero contra, tunc

4) *Christph. Phil.* Richter Exposit. Authenticar. ad Auth. *Si pater.* Cod. divortio facto apud quem liberi p. 651. Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 48. Schott Eherecht. §. 224. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 642. in fin. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 469. Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 442. Mühlenbruch Doctrina Pandectarum Vol. II. §. 279. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 69.

apud patrem, *matris locupletis expensis*: nisi pater minus idoneus sit: tunc enim apud matrem locupletem nutriantur. Nam quemadmodum locupletes filii matrem alere coguntur egentem: ita iustum decernimus, et a matre filios pasci.

Daß man sich durch diese Authentike hat täuschen lassen, ist um so mehr zu verwundern, da schon Accursius in der Glosse die offenbare Untreue des Irnerius gerügt hat, wenn er ad vv. *Matris locupletis* bemerkt:

Haec verba: *matris locupletis* etc. non sunt in corpore, sed Irnerius adiecit etc.

und auch sonst bekannt ist, daß die Authentiken, in soweit sie nicht mit ihrer Quelle übereinstimmen, auf keine Gültigkeit Anspruch machen können [5]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß durch die Ehescheidung die rechtlichen Verhältnisse, welche durch die Ehe zwischen Eltern und Kindern entstanden waren, keineswegs geändert werden. Der Vater, sey er auch der schuldige Theil, behält daher die Rechte der väterlichen Gewalt über die Kinder, mithin auch das Recht, das Vermögen der Kinder, so lange sie in seiner väterlichen Gewalt sind, zu benutzen und zu verwalten, auch dürfen die Kinder ohne seine Einwilligung keine eheliche Verbindung schliessen. Denn es ist kein Gesetz vorhanden, welches ihn dieser Rechte für verlustig erklärt. Sie verbleiben ihm daher auch denn, wenn der Fall eintritt, daß die Kinder sich bey der Mutter aufhalten, und von ihr erzogen und ernährt werden [6]).

5) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. Nr. III. S. 275 ff.

6) Man sehe hier vorzüglich Bauer Responsor. ex vario

In den Systemen des Pandectenrechts [7]) pflegt man hier auch noch von den Vorsichtsmaßregeln zu handeln, die das Senatusconsultum Plancianum in dem Falle vorgeschrieben hat, wenn sich die geschiedene Frau für schwanger hält. Allein da die Erklärung dieses Senatusconsults den größten Theil des Pandecten-Titels *de agnoscendis et alendis liberis* (XXV. 3.) ausmacht, so bleibt die Erörterung dieses Gegenstandes dem eben erwähnten Titel vorbehalten.

iure Vol. I. Resp. XXXVII. pag. 153 sqq. und *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentation. in Pandect. P. II. h. t. §. 6.

7) Hofacker Princip. iuris Rom. Tom. I. §. 502—504. Thibaut Syst. des Pandect. Rechts. 1. B. §. 473. Günther Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 444. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 717. der 3. Ausgabe. u. a. m.

## Lib. XXIV. Tit. III.

# Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

### §. 1273.

Zurückforderung der dos. I. Rechtsmittel. Unterschied zwischen der Rei uxoriae actio, und actio ex stipulatu vor Justinian. Justinianeisches Recht.

Trennung der Ehe hat gewöhnlich die Zurückgabe der dos zur Folge, und es sind daher hier die Fragen zu erörtern, ob, wem, wann, und wie die dos nach getrennter Ehe zurückgegeben werde [8])?

8) Die vorzüglichsten Schriften sind *Franc.* Duareni Commentar. in hunc Tit. Dig. *Oper.* (*Francof.* 1592. f.) pag. 255—294. *Ant. Dadin.* Altesserrae Commentar. ad eund. Tit. in Recitation. quotidian. Vol. II. p. 125 sq. (*Operum*, accurante *Mich.* Marotta, *Neapoli* 1776 sq. 4. edit. Tom. VIII.) *Jac.* Cujacii Commentar. ad Tit. 13. Lib. V. Cod. de rei uxoriae actione: in eius *Recitation. solemn. in libros Cod. Just.* (*Oper.* Tom. IX.)

Ursprünglich, so lange die Frau noch durch die Ehe in manum mariti kam, konnte von einer Restitution der dos noch keine Rede seyn. Denn die Natur dieser strengen Ehe, wodurch die Frau ganz in das Verhältniß einer filiafamilias versetzt wurde, brachte es mit sich, daß das Vermögen, welches sie dem Manne als dos zubrachte, mit der Gewalt, welche er, einem Vater gleich, über sie erhielt, ein Eigenthum desselben werden mußte, sie mochte bey ihrer Verheyrathung noch unter väterlicher Gewalt gewesen seyn, und der Vater oder ein Dritter ihr bey Eingehung der Ehe einen Theil seines Vermögens dazu gegeben, oder die Frau, wenn sie sui iuris war, sich ein eigenes Vermögen erworben haben. In beyden Fällen erwarb der Mann das Vermögen der Frau ipso iure, d. h. durch eine nothwendige juristische Folge [9]); so

*Hub.* Giphanii Comm. in eund. Tit. Cod. in *Explanat. difficiliorum et celebrior. LL. Cod. Just.* pag. 412 sqq. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. Tit. *Soluto matrim. Petr. de* Tollieu Disput. II. de iure nuptarum. praes. *Cornel. van* Eck *Traj. ad Rhen.* 1693. (in *Dan.* Fellenberg Jurisprud. antiqua. Tom. II. pag. 248—270.) Ernst Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von dem Anfall des Heyrathsguts bey Trennung der Ehe. Halle 1779. 4. Karl Witte über das Schicksal der dos nach getrennter Ehe mit Berücksichtigung sowohl des vorjustinianeischen, als des Justinianeischen Rechts; (in desselben Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Rechts. (Berlin 1817. 8.) S. 71—128.) u. Egid. von Löhr über das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte; (in dem Archiv für die civilistische Praxis von Löhr, Mittermaier, und Thibaut. 5. Band. Nr. XII. S. 290—312.)

9) Gaius *Institut. Lib. II.* §. 98. Si cui heredes facti su-

wie er, während der Dauer dieses Verhältnisses, durch sie erwarb, wenn ihr eine Erbschaft, oder ein Legat, oder sonst Etwas zufiel [10]). Von einer wahren dos im juristischen Verstande, und von einem eigentlichen ius dotium konnte also hier noch nicht die Rede seyn. Zwar sagt Cicero [11]) in einer bekannten Stelle:

Cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, *viri fiunt dotis nomine.*

Allein das Wort Dos wird hier in seiner ursprünglichen und natürlichen Bedeutung genommen, in welcher das ganze Vermögen der Frau, was sie hatte, und hinzu erwarb, damit gemeint war [12]). Denn dieß alles brachte

mus, — sive quem adrogaverimus, sive *quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.* — *Lib. III.* §. 82. Sunt autem etiam alterius generis *successiones*, quae neque lege XII. Tabularum, neque Praetoris edicto, sed eo iure, quod consensu receptum est, introductae sunt, velut cum paterfamilias se in adoptionem dedit, *mulierque in manum convenit.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 27. S. 85.

10) Ulpian. *Fragm. XIX.* 18. Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, *manu*, mancipiove habemus. — Gaius *Instit. II.* 90. Per eas vero personas, quas in *manu* mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, *qui in potestate nostra sunt.* S. Gruben Tr. de Uxore Rom. Cap. III. §. 8. p. 63.

11) *Topic. cap. 4.*

12) In dieser Bedeutung kommt das Wort dos auch bey Gellius *Noct. Att. X.* 23. vor, wo er der oratio *Catonis* gedenkt, welche de dote betitelt war; obwohl ge-

sie dem Manne dotis nomine zu, d. h. er erwarb es nun Alles, und konnte es zu ehelichen Zwecken verwenden[13]). Von einer Dos im juristischen Verstande konnte erst dann die Rede seyn, wenn eine eigene Klage auf Zurückforderung dessen eingeführt war, was die Frau in gewisser Form den Manne eingebracht, d. h. durch einen eigenen Act für eheliche Zwecke zu dem Seinigen gemacht hatte[14]). Allein bey der conventio in manum war an eine Zurückforderung des Eingebrachten der Frau gar nicht zu denken. Denn starb die Frau in einer solchen Ehe, so konnte sie eben so wenig ein Vermögen hinterlassen, als eine Tochter, die in väterlicher Gewalt starb, eine legitima hereditas[15]). Der Mann war daher auch Niemandem verbunden, das Eingebrachte der Frau herauszugeben, sondern es verblieb vor wie nach in dem Eigenthume desselben. Ueberlebte sie hingegen den Mann, so hatte sie alle Rechte einer sua heres, und beerbte ihren Mann zugleich mit den übrigen Kindern vom Hause[16]).

Ob es auch gleich Anfangs bey der dos profectitia so gewesen, läßt sich nicht füglich ausmitteln. Denn wir

gerade die Verhältnisse, welche dort daraus hergenommen werden, solche waren, die nur bey der strengen Ehe Statt hatten.

13) S. *van* Lynden Diss. exhibens interpretationem iurisprudentiae Tullianae in Topicis Cap. 2. pag. 28 sqq. und Hasse Güterrecht der Ehegatten §. 63.

14) S. Hasse a. a. O. S. 221 f.

15) Cicero *Orat. pro Flacco.* Cap. 34. Hasse angeführte Schrift §. 27.

16) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 54 und 55. S. 188. Nr. II.

finden den Rückfall derselben an den Vater erst in einer Zeit angeführt, wo die conventio in manum schon sehr selten war. Zwar konnte sich der Vater, der überhaupt bey der Verheyrathung einer Tochter, die sich noch in seiner väterlichen Gewalt befand, der selbst und hauptsächlich Handelnde war, den Rückfall stipuliren, ut finito matrimonio dos ei redderetur. Allein Gellius [17]) erzählt uns, so lange noch keine Ehen durch Scheidung wären getrennt worden, wären auch noch keine rei uxoriae actiones, oder cautiones, d. h. noch keine Stipulationen wegen Zurückgabe der dos vorgekommen, weil kein Bedürfniß dazu vorhanden gewesen sey. Beynahe 500 Jahre seit der Erbauung Roms habe man weder in der Stadt Rom noch in Latium von dergleichen Rechtsmitteln Etwas gehört, weil keine Ehescheidungen vorgekommen wären. Auch Servius Sulpicius in seinem Buche de dotibus führe an, daß erst damals die cautiones rei uxoriae für nöthig wären erachtet worden, als sich Spurius Carvilius durch Scheidung von seiner Frau getrennt habe. Dieß sey im Jahre der E. R. 523. geschehen, in welchem M. Atilius und P. Valerius Consuln gewesen. Wenn sich nun auch

17) *Noct. Atticar. Lib. IV. Cap.* 3. Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas *rei uxoriae* neque *actiones*, neque *cautiones* in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit *de dotibus*, tum primum *cautiones rei uxoriae* necessarias esse visas scripsit, quum *Sp. Carvilius*, cui *Ruga* cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit; quia liberi ex ea, corporis vitio, non gignerentur, anno urbis conditae DXXIII. *M. Atilio*, *P. Valerio* Coss.

diese Erzählung in so weit noch bezweifeln läßt, als sie alle Ehescheidungen in früherer Zeit auszuschließen scheint; so ist doch soviel gewiß, daß die damals besonders überhand nehmenden willkührlichen Ehescheidungen, von denen auch selbst die strengen Ehen keine Ausnahme machten [18]; und vielleicht war die Scheidung des Carvilius Ruga das erste Beyspiel einer solchen Ehescheidung, die mit besonderer Willkühr, — um der Unfruchtbarkeit willen, — geschahe, dergleichen Fall damals noch unerhört war [19]) die cautiones rei uxoriae veranlaßt haben. Mochte nun auch die Ehe des Carvilius eine strenge seyn, oder eine freie, so konnten nun dergleichen Cautionen so wenig bey dieser, als bey jener Ehe ausbleiben, ja sie scheinen sich vorzüglich auf die strenge Ehe bezogen zu haben, als welche auch in jener Zeit vielleicht noch immer die vorherrschende war, indem für den Fall des Todes schon durch das Recht selbst gesorgt, und Alles durch rechtlich nothwendige Folge bestimmt war [20]). Bey der freien Ehe mögen freylich wohl die Stipulationen auf Zurückgabe der dos früher vorgekommen seyn, nämlich für den Fall, da die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wurde, weil römische Ehegatten sich nicht beerbten [21]). Denn bey dieser Ehe fand jene Erwerbung

18) S. den 26. Th. dieses Commentars §. 1262. S. 309. f.

19) S. den Commentar a. a. O. §. 1262. S. 310. und Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1 B. §. 40. S. 135.

20) S. Hasse §. 43. S. 150. f.

21) Der Fall, wo der Prätor dem überlebenden Gatten ex Edicto *unde vir et uxor* zur Erbschaft ließ, mußte schon seiner Natur nach selten seyn. Ulpian. *Fragm. XXVIII.* §. 7.

des Mannes per universitatem, und zwar ipso iure nicht Statt, welche eine Folge der potestas war, die der Mann bey der strengen Ehe über die Frau hatte. Hier geschahe nichts nach rechtlicher Nothwendigkeit, es konnte vielmehr die Frau dem Manne nach Willkühr viel oder wenig Rechte an ihren Gütern gestatten. Dieser Theil des Vermögens, den die Frau oder auch der Vater derselben zur Bestreitung der ehelichen Lasten hingab, ging zwar in das Vermögen und Eigenthum des Mannes über, aber alles geschahe durch eignen freien Act, traditio, mancipatio, in iure cessio, und also durch Singularsuccession. Nur bey der freien Ehe konnte sich also eine wahre Dos im juristischen Sinne gestalten, da das übrige Vermögen der Frau und ihr künftiger nicht gleichfalls übertragener Erwerb von dem Vermögen des Mannes abgesondert blieb. Hiedurch ward nun auch zugleich das Bedürfniß einer Restitutions-Verbindlichkeit in Rücksicht der eingebrachten Dos, auf den Fall der Trennung der Ehe, herbeygeführt. Denn hätte die Dos, wenn der Mann vor der Frau starb, in dem Vermögen desselben bleiben sollen, so wäre dieß eine offenbare Ungerechtigkeit gewesen, weil der Grund, aus welchem der Mann bey der strengen Ehe ein unwiederrufliches Eigenthum an dem Eingebrachten der Frau erhielt, hier wegfiel. Es wäre aber auch eben so unbillig gewesen, wenn die geschiedene Frau, ohne deren Schuld die Ehe getrennt worden, ihr Heyrathsgut bey dem schuldigen Manne hätte lassen sollen. Für beyde Fälle bereitete man sich nun vor durch Stipulationen, also durch Eheverträge, (instrumenta dotalia), in welchen man sich versprechen ließ, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos redderetur. Unstreitig sind dieß die cautiones rei uxoriae, von denen Gellius in der

oben angeführten Stelle spricht. Hatte der Vater der Frau die Dos gegeben, so schien eine solche Stipulation auch für den Fall nöthig zu seyn, da die Frau in der Ehe starb, nachdem es gebräuchlicher geworden war, daß die Väter sich die von ihnen herrührende dos (dos profectitia) auch in diesem Falle zurückgeben ließen. So konnten nun also rei uxoriae cautiones nicht mehr fehlen. Bey der strengen Ehe blieb aber nur der Fall der Scheidung übrig, wo die Stipulation auf Rückgabe der dos nöthig zu seyn schien. Allein dieser Fall war bis dahin, da Carvilius Ruga seine Gattin wegen Unfruchtbarkeit entließ, in Rom und Latium, wie Gellius[22]) berichtet, nicht vorgekommen, wenigstens so weit, als nicht die Frau durch Verbrechen den Mann zum repudium genöthigt hatte, und hier verstand sich's denn wohl von selbst, daß der Mann ihr Vermögen gewann. Denn in dieser Beziehung war sie civiliter todt. Niemand konnte also dem Manne das ursprüngliche Vermögen der Frau abfordern[23]). So behalf man sich denn Anfangs blos mit den Stipulationen auf Zurückgabe des Heyrathsguts, oder des eingebrachten, oder von der Frau hinzuerworbenen Vermögens, im Falle

22) *Noct. Att. IV.* 3. Man verbinde damit Lib. XVII. cap. 21. edit *Connad.* Vol. II. pag. 417. wo Gronov bemerkt, Gellius habe in der ersten Stelle die Consuln falsch angegeben. Im Jahre 523. wären nicht *Atilius* und *Valerius*, sondern *M. Pomponius Matho*, und *C. Papirius Maso* Consuln gewesen. S. auch Cujacius Observation. Lib. I. c. 39.

23) Gellius *Noct. Att.* Lib. X. cap. 23. Livius *Lib. XXXIX.* c. 18. Valerius Maxim. *Lib. VI. Cap.* 3. §. 7. S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. Kap. 7. §. 43. S. 161 f. und Not. 228. S. 162.

erfolgender Ehetrennung, bis späterhin die rei uxoriae actio hinzukam. Die cautiones rei uxoriae begründeten blos die actio ex stipulatu. Die rei uxoriae actio ward erst dann für nothwendig gehalten, wie bey den immer gemeiner werdenden willkührlichen Ehescheidungen der Staat selbst ein Interesse dabey fand, daß den Frauen ihr Vermögen erhalten werde [24]). Zwar nennt Gellius [25]) die rei uxoriae actiones und cautiones zugleich; aber er sagt nicht, daß sie auch beyde zugleich aufgekommen wären, sondern nur, daß sie nicht bekannt gewesen, so lange keine Scheidungen vorgekommen wären [26]). Erst seit der Scheidung des Carvilius wären die rei uxoriae cautiones für nothwendig erachtet worden. Das Bedürfniß einer allgemeinen und eignen Klage auf Zurückgabe der Dos äußerte sich erst da, wo die cautio de re uxoris restituenda war unterlassen worden, oder diese Cautionen selbst wegen öftern Mangels an Bestimmtheit und Vollständigkeit unzureichend erschienen, indem die Auseinandersetzungen der sich in Feindschaft trennenden Ehegatten immer verwickelter, schwieriger und streitiger wurden [27]). Es mußte demnach eine actio gebildet werden, welche in bonum et aequum concepta war, oder, wie Cicero [28]), und sein Commentator Boe-

24) *L.* 1. *D. h. t.* sagt: Dotium causa semper et ubique praecipua est: *nam et publice interest, dotes mulieribus conservari*, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium.

25) *N. A. IV.* 3.

26) S. Hasse §. 58. S. 206.

27) S. Hasse §. 61. S. 216. f.

28) *De officiis Lib. III.* cap. 15. besonders Desselben

ausgabe der Dos verlangen, wenn nicht besondere Stipulationen vorhanden waren [36]).

So waren also nun zwey Klagen vorhanden, wodurch die Zurückgabe des Heyrathsguts nach getrennter Ehe verfolgt wurde. Eine Contractsklage, actio ex stipulatu, und eine gesetzliche, rei uxoriae actio. Da jedoch, wie bereits oben bemerkt worden ist, das eigentliche ius dotium, und alle Dos im juristischen Sinne nur der freien Ehe allein angehörte, welche zur Zeit derjenigen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten sind verfaßt worden, wo nicht die alleinige, doch gewiß die vorherrschende war; so ist daraus zu erklären, wenn in den Fragmenten der Pandecten [37]) immer nur von einer actio de dote die Rede ist, quae in bonum et aequum concepta est. Die rei uxoriae actio war demnach das genus, sie war die allgemeine Klage, welche bey strenger und freier Ehe Statt fand. Die actio de dote aber die species, welche gerade nur bey der freien Ehe Statt hatte [38]). Beyde Klagen, die gesetzliche und Contractsklage standen der Frau, und deren Vater zu Gebote. Denn wenn man sich nicht mit der rei uxoriae actio begnügen wollte, oder diese nicht Statt fand, da stipulirte man wegen Zurückgabe der Dos [39]). Hatte ein Extraneus das Heyrathsgut für die

36) S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer (Bonn 1832.) §. 25. S. 148.

37) Man sehe z. B. *L. 8. D. de cap. minut.* *L. 36. D. de peculio.*

38) S. Hasse §. 64. S. 224.

39) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. S. 695. Z. 15. der 8. Aufl.

Dieß ist die *rei uxoriae actio*, welche, als eine actio bonae fidei, durch das prätorische Edict eingeführt wurde. Sie fand bey strenger und freier Ehe Statt. Denn Cicero [31]) gedenkt ihrer unter dem Namen *arbitrium rei uxoriae*, zu dessen Zeiten noch beyde Ehen üblich waren, obgleich die freie Ehe wohl schon damals gewiß bey weitem vorherrschte [32]); und Gellius [33]), bey dem die rei uxoriae actio genannt wird, hatte gewiß auch beyde, obwohl vorzüglich die strenge Ehe, die zu den Zeiten, da sich der Ehescheidungsfall des Carvilius ereignete, unstreitig noch die vorherrschende war, vor Augen. Nöthig war die Klage Anfangs nur für den Fall, da die Ehe durch Scheidung war getrennt worden, und nach dem Zeugniß des Gellius war sie auch ursprünglich nur für diesen Fall eingeführt. Erst in der Folge ward sie durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten auch auf den Todes-Fall ausgedehnt [34]). Sie war aber doch nur für die Frau und deren Vater nöthig. Hatte ein Dritter die Dos aus seinem Vermögen für die Frau gegeben, und es war sein Wille, sie nach getrennter Ehe zurück zu haben, so mußte er sich den Rückfall versprechen lassen [35]). Gesetzlich zur Rückforderung berechtiget waren nur die Frau, und deren Vater, aber weder die Erben der Frau, noch des Vaters konnten die rei uxoriae actio anstellen, oder sonst die Her-

31) In den Not. 28. angeführten Stellen.

32) S. Hasse §. 23. Not. 109. S. 75.

33) *N. A. IV.* 3.

34) S. *Pet. de* Toullieu Diss. II. de iure nuptarum. Cap. I.

35) Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 61. S. 217.

ausgabe der Dos verlangen, wenn nicht besondere Stipulationen vorhanden waren [36]).

So waren also nun zwey Klagen vorhanden, wodurch die Zurückgabe des Heyrathsguts nach getrennter Ehe verfolgt wurde. Eine Contractsklage, actio ex stipulatu, und eine gesetzliche, rei uxoriae actio. Da jedoch, wie bereits oben bemerkt worden ist, das eigentliche ius dotium, und alle Dos im juristischen Sinne nur der freien Ehe allein angehörte, welche zur Zeit derjenigen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten sind verfaßt worden, wo nicht die alleinige, doch gewiß die vorherrschende war; so ist daraus zu erklären, wenn in den Fragmenten der Pandecten [37]) immer nur von einer actio de dote die Rede ist, quae in bonum et aequum concepta est. Die rei uxoriae actio war demnach das genus, sie war die allgemeine Klage, welche bey strenger und freier Ehe Statt fand. Die actio de dote aber die species, welche gerade nur bey der freien Ehe Statt hatte [38]). Beyde Klagen, die gesetzliche und Contractsklage standen der Frau, und deren Vater zu Gebote. Denn wenn man sich nicht mit der rei uxoriae actio begnügen wollte, oder diese nicht Statt fand, da stipulirte man wegen Zurückgabe der Dos [39]). Hatte ein Extraneus das Heyrathsgut für die

36) S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer (Bonn 1822.) §. 25. S. 148.

37) Man sehe z. B. *L. 8. D. de cap. minut.* *L. 36. D. de peculio.*

38) S. Hasse §. 64. S. 224.

39) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. S. 695. Z. 15. der 8. Aufl.

Frau bestellt, und sich die Rückgabe der Dos, bey der Constitution derselben, auf den Fall der Trennung der Ehe, versprechen lassen; (dos receptitia) so konnte das Versprechen gültig auch ohne Stipulation geschehen [40]), nur daß jetzt, wenn der Fall der Trennung eintrat, an der Stelle der actio ex stipulatu, eine actio praescriptis verbis auf Zurückgabe angestellt wurde, weil hier ein contractus do ut des vorhanden war [41]).

Eine condictio sine causa, wenn die Ehe an sich nicht ungültig war, konnte jedoch den Mangel einer Stipulation hier nicht ersetzen [42]). Denn auch davon abgesehen, daß in den Gesetzen die condictio sine causa in Beziehung auf Dos nirgends erwähnt wird, so ist auch diese Klage schon darum nicht möglich, weil keine Klage von den Erben der in der Ehe verstorbenen Frau gegen den Mann auf Restitution angestellt werden konnte. Ul-

40) *L.* 1. *Cod. de pactis convent. super dote.* Impp. Severus et Antoninus. Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet; nec obesse tibi debet, quod dici solet, *ex pacto actionem non nasci:* tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. S. auch *L.* 10. *Cod. de pact.*

41) *L.* 80. §. 1. *D. de pactis dotal. L.* 6. *Cod. de iure dot. L. un.* §. 13. *Cod. de rei uxor. act.* S. von Löhr angef. Abh. im Archiv für die civ. Prax. V. B. S. 292.

42) Anderer Meinung ist gleichwohl Burchardi in den Grundzügen des Rechtssystems der Römer. §. 25. S. 150. Not. 265. Allein man sehe Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 59. S. 211. f.

vian[43]) sagt; vielmehr, die dos adventitia sey immer bey dem Manne geblieben, wenn derjenige, welcher die Dos gegeben, sich die Rückgabe nicht ausdrücklich habe versprechen lassen. Daher wird in dem Titel *de iure dotium* gleich Anfangs als Grundsatz aus des Paulus *libro XIV. ad Sabinum* aufgestellt: Dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, *ut semper apud maritum sit.* Wie konnte man hier nach erfolgter Trennung der Ehe sagen, die causa dotis habe aufgehört, der Mann besitze die Dos sine causa?

Sich die Zurückgabe der Dos auszubedingen, war also jedem gestattet, der dieselbe gegeben hatte, nur mit dem Unterschiede, daß der Vater der Frau den Vertrag nicht als pactum, sondern nur durch Stipulation schließen konnte[44]), dahingegen bey jedem andern Geber schon das pactum ohne verborum obligatio genügte, wenn es nur gleich Anfangs bey der Bestellung der Dos war geschlossen worden. Denn bey jedem Andern war die Constitution einer Dos willkührlich. Ließ er sich die Rückgabe nicht versprechen, so nahm man eine Schenkung an; in dem entgegengesetzten Falle aber war es gleichviel, er mochte

43) *Fragm. Tit. VI.* §. 5.

44) *L.* 6. *Cod. de iure dot.* Imp. Maximinus. Avia tua eorum, quae pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium: quippe matris pactum *actionem praescriptis verbis* constituit: patris *dotis actionem* profectitiae nomine competentem conventione simplici minime creditur innovare.

ſtipuliren oder blos pacisciren, legem enim suae rei dicit, wie Paulus[45]) ſagt. Der Vater hingegen war zur Beſtellung einer Dos für ſeine Tochter, und zur Erhaltung derſelben, geſetzlich verpflichtet, er konnte daher auch, nach getrennter Ehe, die dos profectitia nicht ohne deren Einwilligung zurückfordern. Ueberdem kam dem Vater wegen der dos profectitia ſchon die geſetzliche Klage, die dotis actio, zu ſtatten, will er dieſe Klage, die ihm ſonſt nur in Verbindung mit ſeiner Tochter zuſteht[46]), ſich zu eigen machen, ſo war eine förmliche Stipulation gleich Anfangs nöthig, das bloße pactum vermochte nicht, eine ſolche Veränderung der geſetzlichen Klage hervorzubringen[47]).

Wir haben oben bemerkt, die actio de dote habe ſich zur rei uxoriae actio, wie die species zum genus verhalten. Sie beſchränkte ſich alſo blos auf die Dos, als

45) *L.* 20. §. 1. *D. de pactis dotal.*

46) Ulpian. *Fragm. Tit. VI.* §. 6. — Quod si in potestate patris sit sc. mulier, (divortio facto) pater, adiuncta filiae persona, habet *actionem rei uxoriae.* (So iſt, ſtatt revera mit Cujaz zu leſen.) S. Schultine Jurispr. Antejust. pag. 582. Not. 21. *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

47) *L.* 29. *pr. D. h. t. L.* 6. *et* 7. *Cod. de iure dot.* S. Cujacius Recitation. solemn. in libros Cod. ad L. ult. de iure dot. Verb. *Pater autem dotem.* Idem Observat. Lib. IV. cap. 21. *Jo. Jac.* Wissenbach Commentation. in Libros VII. Cod. ad L. 6. et 7. de iure dot. *Hub.* Giphanius Explanat. difficil. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. C. de iure dot. pag. 402. *Ant.* Schultine ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 5. Not. 18. (in *Jurisprud. vet. Antejust.* pag. 582.) Man vergleiche auch das Scholion des griechiſchen Auslegers Theodorus in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 646. Sch. c.

Gegenstand der Restitution, und hatte folglich nur bey freier Ehe Statt, welcher das eigentliche ius dotium angehörte. Auf das übrige Vermögen der Frau, welches nicht in das Eigenthum des Mannes zu ehelichen Zwekken war übertragen worden, auf die bona extra dotem, oder παραφερνα, erstreckte sich die Klage nicht, wenn auch die Frau diese Güter dem Manne anvertrauet hatte, und auch von demselben factisch für den Bedarf der Ehe waren benutzt worden. Denn da dieses Vermögen der Frau selbst noch eigenthümlich gehörte; so war hier jene gesetzliche Garantie nicht nöthig, weil der Frau schon die gemeinen Rechtsmittel zu Gebote standen[48]). Die rei uxoriae actio aber, insofern sie bey der strengen Ehe vorkam, konnte einen viel umfassenderen Gegenstand haben. Denn hier ging alles Vermögen, was sowohl die Frau dem Manne zubrachte, als was sie während der Ehe erwarb, in das Eigenthum des Mannes über[49]), und ward also bey erfolgtem Divortium ein Gegenstand der Klage[50]). So ist auch Sigonius[51]) zu verstehen, wenn er sagt: Differt autem *uxoria actio* ab *actione de dote*, quod illa ad dotem tantum pertinet, haec etiam ad peculium, et patrimonium uxoris. Nach Gajus[52]) scheint jedoch der Hauptklage noch ein praeiudi-

48) *L.* 9. §. 3. *D. de iure dot.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 61. S. 218. f.

49) Cicero *Top. cap. IV.*

50) S. *Jac.* Raevardus de auctoritate Prudentum. Cap. IV. (*Oper. Lugduni* 1613. 8. edit. Tom. II. pag. 860. in fin. et sqq.)

51) De iudiciis. Lib. I. cap. 21. (*De antiquo iure Pop. Rom.* Tom. II. pag. 487. in fin.)

52) *Institut. Veron.* Lib. IV. §. 44. Schweppe in der Röm. Rechtsgeschichte und Rechts-Alterthümern §. 400.

cium vorangegangen zu seyn, weil die Vorfrage, wie viel die dos betrage, als Grundlage der Klage anzusehen war.

Immer setzte jedoch die rei uxoriae actio voraus, daß eine an sich gültige Ehe vorhanden war. Sine nuptiis enim nulla dos intelligitur.[53]). Es findet folglich auch keine dotis actio Statt[54]). War also eine Ehe auf eine gesetzwidrige Art geschlossen, und daher nichtig, so konnte die Dos, welche in einem solchen Falle ge-

erklärt dieses praeiudicium dadurch, daß für die Hauptklage Ziele gesetzt waren, und doch schon zur Bestimmung des Ersten die größe der Schuld im Ganzen feststehen mußte. Da die Frage, wie groß die Dos sey, als eine Vorfrage zu erörtern war, welche bisher Niemand für eine solche gehalten hat; so enthielt diese Präjudicial-Formel, wie Gajus a. a. O. sagt, eine bloße *intentio*, d. h. eine bloße Beziehung des Rechtsverhältnisses, als Grundlage der Klage, keine *condemnatio*, d. h. keinen Befehl an den *iudex* zu verurtheilen, oder loßzusprechen. IV. 39—43. Und so erklärt sich der Begriff, den Theophilus in *Paraphr. gr. Institution.* Lib. IV. Tit. 6. §. 13. vom *praeiudicium* giebt, wo er sagt: *Praeiudicium est formula ex sola constans intentione, neque enim condemnationem in se habet*, der vor der Entdeckung des Gajus ganz unverständlich war. S. Hugo Lehrbuch der Röm. Rechtsgeschichte. S. 472. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. §. 556.

53) *L.* 76. *in fin. D. de iure dot. L.* 20. *Cod. de donat. ante nupt.*

54) *Li* 5. *L.* 39. §. 1. *D. de iure dot.* In der letzten Stelle sagt Ulpian: Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, nec ne: ut in castrato dicas *dotem non esse*, in eo, qui castratus non est, *quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.*

geben worden, nur mit der Condictio sine causa zurückgefordert werden[55]), wenn sie nicht, wegen der Strafwürdigkeit der Ehe, confiscirt wurde[56]). Und war die Ehe blos versprochen, aber dem Bräutigam die Sachen, welche zum Brautschatz bestimmt waren, schon voraus gegeben worden; so gingen diese zwar regelmäßig gleich in sein Eigenthum über; erfolgte jedoch nachher die Ehe nicht, und es kam zur Zurückforderung; so konnte auch hier nicht die actio de dote, sondern die *condictio causa data, causa non secuta* angestellt werden[57]).

55) *L.* 5. *D. de condict. sine causa.*

56) *L.* 52. *D. de ritu nupt.* Paulus *lib. VI. ad Sabinum.* Incestae nuptiae neque dotem habent: et ideo omne, quod perceptum est, licet fructuum nomine, *auferetur.* *L.* 61. *D. eod.* Papinianus *lib. XXXII. Quaestion.* Dote propter illicitum matrimonium *caduca facta*, exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod *iudicio de dote* redditurus esset, maritus solvere debet. Man verbinde damit die *L.* 38. §. 1. *D. eodem.* und *L.* 4. *C. de incest. nupt.*

57) *L.* 7. §. 3. *L* 8. *L.* 59. §. 2. *L.* 74. *D. de iure dot.* *L.* 7. *D. de condict. causa dat.* besonders *L.* 1. *C. de condict. ob causam dator.* wo Imp. Antoninus rescribirt: Pecuniam, quam Te ob dotem accepisse, — — proponis, impediente quocunque modo iuris auctoritate matrimonium constare, nullam *de dote actionem* habes: et propter ea pecuniam, quam eo nomine recepisti, *iure condictionis* restituere debes. S. Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XI. Lib. V. de iure dot. Verb. *Utraque est.* *Car. Ge.* Waechter Diss. de condictione causa data, causa non secuta in contractibus innominatis. (*Tübingae* 1823. 8.) §. 14. und Hasse Güterrecht der Ehegatten 2. B. §. 70. S. 243. f

Die beyden Hauptklagen zur Zurückforderung der Dos, nach erfolgter Trennung der Ehe, vor Justinian waren also die rei uxoriae actio, und die actio ex stipulatu, von denen die letztere bey weitem häufiger war, als die erstere[58]). Der Grund wird sich von selbst ergeben, wenn wir den Unterschied beyder Klagen näher entwickeln werden, welches hier um so nöthiger ist, weil Justinian beyde Klagen zusammengeschmolzen hat. Beyde Klagen waren nun vor Justinian auf folgende Art unterschieden.

1) Die actio ex stipulatu war eine actio stricti juris, welche der Berechtigte immer ohne Zuziehung oder Einwilligung der Frau anstellen konnte, so wie auch die Einwilligung derselben bey der Stipulation selbst nicht erforderlich war. Hatte jedoch der Vater das Heyrathsgut für die Tochter gegeben, und wegen der Rückgabe stipulirt, so mußte die Stipulation gleich bey der Bestellung der *Dos* geschlossen werden. Dann konnte sie auch ohne Einwilligung der Tochter geschehen. Stipulirte Er später, so war die Zuziehung und Einwilligung der Tochter nöthig. Eine Ausnahme hatte jedoch Statt, wenn Er die dos noch vor der Ehe gegeben hatte. Hier konnte der Vater auch noch nach der Bestellung des Brautschatzes stipuliren, und zwar ohne den Willen der Tochter, wenn es nur noch vor der Ehe geschahe. Denn war die Ehe einmal geschlossen, und die Dos bestellt, so hatte die Frau das Heyrathsgut acquirirt. Stipulirte also der Vater ohne die Tochter, so konnte ein solcher Vertrag der Tochter eben so wenig präjudiciren, als wenn die Tochter ohne

58) S. Cujacius Recitat. solemn. ad pr. L. un. Cod. de Rei uxoriae act.

den Vater stipulirt hatte. Der für sich stipulirende Theil schadete nur sich selbst, wie dieses Alles aus folgenden Gesetzen erhellet.

*L. 7. D. de pactis dotalibus.* Pomponius *libro XV. ad Sabinum.* Cum dos filiae nomine datur, optimum est, pactum conventum cum utroque generum facere: quamquam *initio dotis dandae* legem, quam velit, etiam *citra personam mulieris*, is qui dat, dicere possit. Si vero *post datam* pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est: *quoniam iam adquisita mulieri dos tum esset:* quo casu si solus pater pactus esset *sine filia*, sive solus agat, sive adjuncta filiae persona, ei soli nocebit, et proderit pactum conventum: nec si [59]) sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei.

*L. 29. D. Soluto matrimonio.* Ulpianus *Libro III. Disputationum.* Quotiens pater dotem dat, et stipulatur [60]), ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si *ex continenti* stipuletur: ceterum, si *interposito tempore* stipulari velit, non nisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit: quia deteriorem conditionem in dote filiae facere non potest, *nisi consentiat.* Plane si *ante nuptias* dotem dederit, poterit *ex intervallo*, ante

59) Haloand. und Mirabus lesen: *sed si.* Diese Lesart billiget auch Pothier. Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 4. Nr. XIII. Not. i. pag. 31. Augin Jarchius de Negationib. Pandect. Flor. pag. 95. sq. verwirft sie.

60) Sc. *dotem soluto matrimonio sibi reddi.*

nuptias tamen, et *citra voluntatem quoque filiae* stipulari [61]).

*L. 7. Cod. de iure dot.* Imp. Gordianus. Quum a socero tuo pro uxore dos tibi daretur, si ea in stipulationem deducta non est *sub tempore dationis*, sed postea: socer tuus tecum paciscendo, si id non *ex voluntate filiae suae* fecit, conditionem eius laedere non potuit.

*L. 28. D. eodem.* Paulus *Libro VII. ad Sabinum.* Post nuptias pater non potest deteriorem causam filiae facere, *quia nec reddi ei dos invita filia potest.*

Dieſem ſcheint jedoch die *L. 40. D. Soluto matrim.* zu widerſtreiten, wo Papinian, aus deßen *Libro XXVIII. Quaestionum* dieſes Fragment genommen iſt, ſagt:

Post dotem datam, et nuptias contractas, stipulatus est pater filiae voluntate, *divortio facto dotem dari:* si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione submovendus erit.

Die Gloſſe hat fünferley Verſuche gemacht, dieſes Fragment zu erklären, um es mit den angeführten übrigen Fragmenten zu vereinigen. Allein ſchon Cujaz [62])

61) Denn ein Recht erwirbt die Tochter erſt, wenn die Ehe nachher erfolgt. S. Pothier c. l. Nr. XIV. not. n.

62) Observation. Lib. IV. cap. 21. und ad Africanum Tract. VI. ad L. ult. D. Ratam rem haberi. Verb. Sciendum est.

hielt sämmtlich keiner nähern Prüfung werth. Nec enim digna sunt opera nostra, sagt er; πάντα μία κόνις. Er selbst hält jeden Versuch für vergeblich, weil die Lesart unrichtig sey. Die wahre Lesart erkenne man aus den Basiliken [63]), und den griechischen Scholien [64]), daselbst heiße es überall: παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς, *citra voluntatem filiae.* Lese man also mit den Griechen: *sine voluntate* filiae, so sey der Knoten gelöst. Diese Emendation gewinnt dadurch eine neue Stütze, daß Charondas in seiner trefflichen Ausgabe der Pandecten bey diesem Gesetz am Rande die Bemerkung macht, auch in seiner Handschrift werde *praeter filiae voluntatem* gelesen. Ihm stimmen daher die meisten neuern Rechtsgelehrten [65]) bey. Da aber doch die meisten Mss. mit der Florentinischen Lesart übereinstimmen, und in allen gedruckten glossirten und nicht glossirten Ausgaben das *sine* fehlt; so erscheint freylich die Cujacianische Aenderung des Textes als gewaltsam und bedenklich. Man hat daher neuere Versuche gemacht, das Gesetz ohne Aenderung des Textes zu erklären. Ulrich Huber [66]) will die L. 40. so verstehen, als ob der Vater mit der Tochter stipulirt

63) *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 38. pag. 356.

64) Tom. IV. pag. 397. Sch. i.

65) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. Verb. Sequens inspectio. (*Oper.* Tom. II. pag. 526.) Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 7. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pandect. a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad L. 40. D. h. t. pag. 346. Pothier Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. de pactis dotal. Nr. XV. Not. p. pag. 31. und Voorda Thes. controversar. Dec. XI. §. 8.

66) Praelect. ad Pand. T. II. h. t. §. 4.

habe, daß die dos, im Falle die Ehe wieder geschieden würde, ihr restituirt werden solle, wenn sie dieselbe verlange. Hieraus erkläre sich denn, warum der Vater, wenn der Fall eintritt, mit einer Einrede abzuweisen sey; und da man vermöge der mütterlichen Liebe annehmen müße, daß sie auch für ihre Kinder gesorgt habe, so sey es nun begreiflich, warum es heiße: si postea filia *sine liberis* decesserit. Eben dieß scheint auch Bynkershöks Ansicht zu seyn, welcher meint, daß das Wort *filiae* zu geminiren sey, nämlich so: stipulatus est pater *filiae*, *filiae* voluntate etc. [67]). Nicht sehr davon unterschieden ist die Erklärung des Petrus Vanderanus [68]), welcher die L. 40. so versteht, der Vater habe *filiae nomine*, und als deren negotiorum gestor, stipulirt. Allein da die dos profectitia, nach dem Tode der Tochter, ohnehin an den Vater zurückfiel, so pflegten die Väter gewöhnlich nur zu ihrem eigenen Vortheil auf den Fall der Ehescheidung zu stipuliren, um die Klage auf Zurückgabe der dos nach getrennter Ehe allein, und ohne Zuziehung der Tochter, anstellen zu können. Daß dieses wirklich auch hier der Fall war, lehrt uns der griechische Scholiast in den Worten:

Πατὴρ μετὰ ἐπίδοσιν τῆς προικὸς, καὶ μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου, παρὰ γνώμην τῆς θυγατρός αὐτοῦ, ἐπιρώτησε ῥεπουδίου γενομένου, αὐτῷ ἀποδοθῆναι τὴν προῖκα. i. e. *Pater post dotem datam, et nuptias contractas*, CITRA VOLUNTATEM FILIAE

67) In der Gebauer. Ausgabe des Corp. iur. civ. not. 3. pag. 429.

68) Comment. de privilegiis creditorum. Cap. IV. §. Sed forte. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 692.)

SUAE, *stipulatus est, divortio facto dotem* SIBI *reddi.*

Man erinnere sich hier, was der unsterbliche Haubold [69]), über den hohen Werth der griechischen Scholien geurtheilt hat.

Herr Prof. Dirksen [70]) hat gleichwohl aufs neue versucht, die L. 40. ohne Aenderung des Textes zu erklären. Die Vermuthung, sagt er, liegt sehr nahe, daß bey dem Worte *pater* ein Kolon zu setzen, und die Worte: filiae voluntate divortio facto dotem dari, zusammen, als Inhalt der Stipulation, zu betrachten, mithin die Ausdrücke *filiae voluntate* zur conditio zu ziehen seyen, und zur näheren Bestimmung des divortii gehören. Unsre L. 40. stelle zwar alles auf den Tod der Frau; aber dieß erkläre sich daraus, weil, beym Leben der Tochter, der Vater nur mit deren Zustimmung die dos repetiren konnte [71]), hier aber, im Fall die Ehescheidung durch die Frau herbeygeführt worden, der Schuldner eine exceptio aus dem Betragen der Frau herleiten, und sich der retentiones dotis bedienen dürfte [72]). Auch sey der Fall: si filia *sine liberis* decesserit, hier gewiß nicht ohne Grund von dem Juristen hervorgehoben worden,

69) Manuale Basilicor. (*Lipsiae* 1819. 4.) in Praefat. pag. IV. Man vergleiche auch das Zeugniß eines Viglius Zuichemus in der Vorrede zur neuen Ausgabe meiner Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge (Erlangen 1822.) S. XI.

70) Civilistische Abhandlungen 1. B. (Berlin 1820. 8.) Abh. 5. S. 410. f.

71) Ulpian. *Fragm. Tit. VI.* §. 6.

72) Ulpian. a. a. O. §. 9. 10. 12.

um nämlich jeden Anlaß zur Retention (propter liberos) aus dem Wege zu räumen.

Ob durch diesen jüngsten Versuch die Aenderung des Textes entbehrlich geworden sey, mögen competentere Richter, als ich, beurtheilen. Mir scheint wenigstens die Schwierigkeit dadurch nicht gehoben zu seyn. Denn wäre ein divortium *filiae voluntate* factum, man erkläre nun dieses für bona gratia, oder culpa filiae factum, die Bedingung der Stipulation, und diese an sich gültig gewesen; so konnte der Zurückforderung der Dos, wenn der Fall der Scheidung wirklich eingetreten war, von Seiten des Vaters durchaus kein Hinderniß im Wege stehen. Denn die actio ex stipulatu konnte der Vater ohne Zuziehung oder Einwilligung der Tochter anstellen [73]); und Retentionen fanden bey dieser Klage auch nicht Statt, weil sie immer auf das Ganze ging [74]). Die dagegen von Dirksen aus Ulpian [75]) angeführte Stelle kann hier nicht zur Erläuterung dienen, weil Ulpian an dem angeführten Orte nicht von der actio ex stipulatu, sondern blos von der Rei uxoriae actio spricht, wie auch schon Hasse [76]) bemerkt hat. In dem gegenwärtigen Falle mußte also die Stipulation des Vaters wegen Zurückgabe der Dos, im Falle der Ehescheidung, auf keine rechtsgültige Art geschehen seyn. Denn sie war nicht gleich bey der Bestellung der Dos, auch nicht vor der Ehe, sondern erst nachher geschehen. Hier war die Einwilligung der Tochter durchaus nöthig, wie alle von mir oben an-

73) *L. un.* §. 14. *C. de Rei uxor. act.*

74) *L. un.* §. 7. *Cod. eodem.*

75) *Fragm. Tit. VI.* §. 6.

76) Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 52. Not. 268. S. 191.

geführten Gesetzstellen klar beweisen. Ohne ihre Zustimmung war die Stipulation für sie unverbindlich. War daher auch die Bedingung der Ehescheidung eingetreten, so konnte doch nun der Vater nicht für sich allein auf die Zurückgabe der Dos klagen, sondern ihm konnte die Einrede, daß die erst nach geschlossener Ehe ohne Einwilligung der Tochter errichtete Stipulation ungültig, und er folglich beym Leben der Tochter die Dos ohne deren Zuziehung zurückzufordern nicht berechtiget sey, entgegengesetzt werden. Und eben so konnte nun auch nach dem Tode der Tochter, wenn Kinder da waren, die actio ex stipulatu nicht auf das Ganze gerichtet werden, sondern der Vater mußte sich die Abzüge wegen der Kinder gefallen lassen. Nur wenn die Tochter ohne Kinder gestorben war, verstand sich der Rückfall der Dos an den Vater von selbst.

So bleibt also doch die Hülfe der Griechen das einzige Mittel, aller Schwierigkeit abzuhelfen, und es ist wohl der Mühe werth, folgende Worte des griechischen Scholiasten hier noch hinzuzufügen.

*Ε'ὰν ἐξέλθη τῆς ἐπερωτήσεως ἡ ἄιρεσις, τουτέστιν, ἐὰν πεμφθῇ το ῥεπούδιον, καὶ τελευτήσῃ ἄτεκνος ἡ θυγάτηρ ἀυτοῦ, ὀυκ ἐμποδίξεται κινεῖν τὴν ἐξ στιπουλάτου. ξῶσης δὲ τῆς θυγατρὸς, ἐὰν ἐπιχειρήσῃ κινῆσαι, ἐκβάλλεται παραγραφῇ, ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς ἐπηρώτησας, μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς.*

*Si conditio stipulationis exstiterit, hoc est, si remissum fuerit repudium, et filia eius sine liberis decesserit: non impeditur, quo minus ex stipulatu agat. Viva autem filia si agere velit, repellitur ex-*

*ceptione*; AT SI NON POST CONTRACTAS NUPTIAS MALE STIPULATUS ES SINE VOLUNTATE FILIAE.

Siegm. Reich. Jauch [77]) mag also immerhin sein frustra für sich behalten.

Das Nämliche hatte Statt, wenn auch ein Extraneus die dos bestellte. Stipulirte er gleich Anfangs, so konnte er sich die Rückgabe der dos auch ohne Wissen und Willen der Frau versprechen lassen. Nachher aber nur mit ihrer Einwilligung.

*L.* 20. §. 1. *D. de pactis dotalib.* PAULUS *Libr. XXXV. ad Edictum.* Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult, pacisci *et ignorante muliere*, sicut et stipulari potest, legem enim *suae rei* dicit. Postquam vero dederit, pacisci *consentiente muliere* debet.

Da die actio ex stipulatu stricti iuris war, so fand sie auch immer nur in dem Falle statt, auf den die Stipulation ging. Sie war also entweder nur auf den Fall der Ehescheidung, oder nur auf den Todesfall beschränkt. Trat der stipulirte Fall nicht ein, so konnte sie auf den andern nicht erstreckt werden, sondern die Stipulation war erloschen. Man war sogar Anfangs darüber im Streite, ob die allgemeine Fassung der Stipulations-Formel: *Soluto matrimonio dotem reddi*, beyde Fälle unter sich begreife, wenn sie nicht beyde besonders ausgedrückt waren. Erst durch einen kaiserlichen Urtheilsspruch ward dieser Streit bejahend entschieden. Dieß Alles werden folgende Stellen aus den Pandecten bestätigen.

77) Meditation. critic. de Negationib. Pandect. Florentin. p. 175.

*L. 26. §. 6. D. de pactis dotal.* PAPINIANUS *Libro IV. Responsarum.* Pater, *si filia nupta mortem obisset*, dotem dari stipulatus est. Constante matrimonio, capitali crimine damnatus est [78]: divortio secuto, vel morte viri soluto matrimonio, *stipulationis conditio deficit* [79]. Quod si mulier in matrimonio decesserit, *ex stipulatu fisco dotis actio quaereretur.* Post verum autem divortium renovatis nuptiis, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia: quoniam ad primas nuptias pertinet.

*L. 22. pr., D. Soluto matrimon.* ULPIANUS *Libro XXXIII. ad Edictum.* Si cum dotem daret pater, vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium, vel in mortem: dicendum est, in eum casum, in quem non pepigit, esse mulieri actionem.

*L. 240. D. de Verbor. Signif.* PAULUS *ex libris sex, libro primo imperialium Sententiarum in cognitionibus prolatarum.* Cum quaerebatur, an verbum SOLUTO MATRIMONIO DOTEM REDDI, non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentient? et multi putabant hoc sensisse, et quibusdam aliis contra videbatur: secundum hoc motus Imperator pronuntiavit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.

78) Hierdurch ging mit dem Vermögen des Vaters auch das Recht aus der Stipulation auf den Fiscus über.

79) Denn die Stipulation war nur auf den Todesfall gerichtet.

*L.* 56. *D. Soluto matrim.* Paulus *Libro VI. ad Plautium.* Si quis sic stipuletur a marito, si quo casu Titia tibi nupta esse desierit, dotem dabis? Hac generali commemoratione, et ab hostibus capta ea, committetur stipulatio, vel etiam si deportata fuerit [80]), vel ancilla effecta: hac enim conceptione omnes hi casus continentur. Plane quantum veniat in stipulatione, utrum quasi mortua sit, an quasi divortium fecerit? Humanius quis id competere dixerit, quod propter mortem convenit.

Auch dieses letzte Fragment bestätiget den Satz, daß eine allgemein gefaßte Stipulation wegen Rückfalls der Dos alle Fälle der Trennung der Ehe unter sich begriff. Doch scheinen die letztern Worte einige Schwierigkeit zu machen. Man will sie von einem Anhange der Stipulation erklären, in welchem noch der beyden Fälle, der Scheidung und des Todes, namentlich gedacht, und auf jeden Fall besonders bestimmt worden sey, wieviel von der Dos zurückgegeben werden solle, ob die ganze Dos, oder dieselbe nur zum Theil. Z. B. mit der Formel: *Et quidem si divortio nupta esse desierit, totam red-*

80) Nämlich wenn der Mann die Ehe nicht mit ihr fortsetzen wollte: *L.* 5. §. 1. *D. de bonis damnator. L.* 1. *Cod. de repudiis.* S. *Desid.* Heraldus de Rerum iudicatar. auctoritate. Lib. II. cap. 7. §. 15. (in *Thes. I. R. Otton.* Tom. II. pag. 1190.) *Jos. Fernand. de* Retes Comm. ad Tit. D. de interdictis, et relegat. et deportatis. Lib. II. cap. 5. (Tom. V. *Thes. Otton.* pag. 1208.) *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Illat. 14. pag. 415. und *Ant.* Schulting Notae ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 350.

*des, si morte, dimidium* [81]). Mich dünckt, es sey hier die Frage entschieden, ob unter der allgemeinen Stipulation, daß wenn sich irgend ein Fall ereignet, wodurch die Ehe wieder getrennt würde, der Mann die Dos restituiren solle, auch die Fälle mit begriffen sind, da die Ehe nicht gerade durch den Tod, oder durch Scheidung, sondern durch irgend eine andere factische, oder rechtliche Nothwendigkeit ist aufgehoben worden? Es werden hier alle dergleichen Fälle angeführt, nämlich wenn die Frau in feindliche Gefangenschaft gerathen, oder deportirt worden, oder zur Strafe in Sklaverey verfallen ist. Daß nun unter jener allgemeinen Stipulationsformel: Si *quo casu* Titia tibi nupta esse desierit, alle diese Fälle mit begriffen sind, hatte an sich keinen Zweifel. Allein die Frage war, zu welcher Art von Trennung man sie rechnen solle, zum Falle der Scheidung, oder zum Todes-Fall? Gewissermassen konnte man diese Fälle als eine Art zum Theil verschuldeter Scheidung ansehen [82]); allein man hielt es dennoch für billiger, sie zu Gunsten des Stipulators zum Todesfall zu zählen, weil sie an diesen näher gränzten [83]).

81) S. *Franc.* Duarenus ad h. L. Oper. pag. 291. und Pothier Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. de pactis dotalibus. Nr. XXVI. Not. d.

82) Man sehe hier vorzüglich Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 55. u. 56. S. 197—201.

83) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 404. Sch. m. sagt: ἀπαιτεῖναι δὲ ὁ ἀνὴρ οὐ πρὸς τὸν ἀπὸ ῥεπουδίου κάσον ἐπὶ τούτων τῶν θεμάτων τὴν προῖκα, ἀλλὰ πρὸς τὸν ἀπὸ τελευτῆς. i. e. *His autem casibus dos a marito repetitur, non velut in casum divortii, sed velut in casum mortis.* und Cyrillus sagt: Ὁ ἐπερωτήσας τὴν προῖκα ὅιῳ

Man hat also nicht nöthig, mit Franz Duarenus [84]) anzunehmen, Plautius, den Paulus, mit seinen Anmerkungen bereichert hat, habe gerade einen solchen Fall angeführt, wo auf den Todes-Fall vortheilhafter war stipulirt worden, als auf den Fall der Ehescheidung. Man müße aber hier immer darauf sehen, was nach der Beschaffenheit der eingegangenen Stipulation billiger sey, so daß also der nicht ausgedrückte Fall bald zum Todesfall, bald zum Fall der Scheidung zu zählen sey, je nachdem es die Billigkeit erfordere. Denn für den Stipulator ist doch wohl der Todesfall vortheilhafter.

Als actio stricti iuris ging die actio ex stipulatu immer auf das Ganze, und konnte daher weder durch das beneficium competentiae, noch durch Retentionen gemindert werden [85]). Denn die Verbindlichkeit zur Restitution der dos ward als eine wahre Schuld betrachtet, deren Zahlungstermin sogleich nach erfolgter Trennung der Ehe eintrat [86]). Als Schuld kam daher auch die dos bey

τρόπω ἐὰν διαλυθῇ ὁ γάμος, κἂν ἀιχμάλωτος ἡ δεπορτεύτη γένηται ἡ γυνὴ απαιτεῖ τὸν ἀπὸ τελευτῆς κάσον. i. e. *Qui dotem quovis modo stipulatus est, si dissolutum fuerit matrimonium, etiam si ab hostibus capta, aut deportata fuerit mulier, quod in casum mortis convenit, ab eo repetitur.*

84) Cit. loc.

85) *L. un.* §. 5. *et* 7. *Cod. de rei uxor. action.* S. Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad h. L. un. §. 5. et 7.

86) *L. un.* §. 7. *Cod. de Rei uxor. act.* Cum autem in exactione dotis *ex stipulatu* quidem *actio* naturaliter restitutionem dotis a parte mariti uxori *illico*, et *in solidum* fieri iubebat.

der Berechnung der Falcidie in Anschlag, wenn die Frau von ihrem Manne zur Erbin eingesetzt war[87]), und hatte ihr der Mann ein Vermächtniß hinterlassen, so erhielt die Frau Beydes, das Vermächtniß und die dos, wenn nicht der Mann besonders verordnet hatte, daß ihr das Legat, statt der dos, sey hinterlassen worden[88]). War die Stipulation zum Vortheil des Vaters errichtet worden, so hatte die Tochter keine weitern Ansprüche an die Dos, wenn sie nicht Erbin desselben geworden war[89]). Der Vater konnte daher die Klage allein ohne Einwilligung der Tochter anstellen[90]). Als Contractsklage, stand auch die actio ex stipulatu nicht blos dem Stipulator, sondern auch seinen Erben zu[91]). Hatte daher der Vater die dos

87) *L. un.* §. 8. *C. eodem.* Igitur et in sequenti capitulo sua *ex stipulatu actio* utatur natura: ut si mulier a marito fuerit heres instituta, et legis Falcidiae ratio emerserit, etiam *dotis debitum* liceat ei, sicuti alia debita, *ex substantia mariti subtrahere*, et sic quartam partem deducere.

88) *L. un.* §. 3. *C. eodem.* Primum itaque quid naturale sit *ex stipulatu actionis*, exponatur: — Sciendum itaque est, Edictum Praetoris, quod de alterutro introductum est, in *ex stipulatu actione* cessare: *ita ut uxor et a marito relicta recipiat, et dotem consequatur: nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit:* cum manifestissimum sit, testatorem, qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.

89) *L. un.* §. 11. *C. eodem.*

90) *L. un.* §. 14. *C. eodem.* Quod non erat in *ex stipulatu actione:* ibi enim et solus actionem habebat, *consensu filiae non exspectato:* et si decedebat, *ad suos heredes transmittebat.*

91) *L. un.* §. 4. *C. eodem.* Maneat *ex stipulatu actionis ius ad successores*, et sine mora, transmissionis in-

für die Tochter bestellt, und diese nachher enterbt; so konnten zwar die Erben desselben die actio ex stipulatu nach getrennter Ehe gegen die Tochter anstellen; denn sie hatte keinen Anspruch an die dos. Dagegen stand ihr aber auch die Querela inofficiosi testamenti gegen das Testament ihres Vaters zu; so wie hingegen, wenn sie zur Miterbin eingesetzt war, die actio ex stipulatu gegen sie getheilt angestellt wurde [92]). Die actio ex stipulatu hatte aber auch gegen die Erben desjenigen Statt, welcher die dos

corruptum. Diese Worte müssen eigentlich so construirt werden: maneat ius transmissionis actionis ex stipulatu ad successores, et sine mora, incorruptum, und die Worte *et sine mora* sind so zu verstehen: etiamsi nulla mariti mora intervenerit. Diese Ampliation bezieht sich auf die Unvererblichkeit der rei uxoriae actio, wovon nachher die Rede seyn wird. Hierauf deutet die *L.* 26. in Verbindung mit *L.* 27. *D. h. t.* S. Cujacius Recitat. ad h. §. *L. un. cit.*

92) *L. un.* §. 11. *C. eodem.* Cumque iuris certi atque indubitati sit, si pareus per virilem sexum ascendens, dote pro filia vel nepte praestita, emancipaverit eam, vel ipse decesserit, *in rei uxoriae actione* dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiamsi fuerit exheredata: quod non erat *in ex stipulatu actione*, ibi etenim, velut aliae actiones, in omnes coheredes actio dividebatur: aequissimum nobis visum est, et in ex stipulatu actione mulierem dotem suam praecipuam accipere, etsi emancipata vel exheredata sit, vel cum aliis heredibus scripta. — §. 12. Quo a nobis recepto, et aliae multae species promptum accipient exitum: cum dos possit et de inofficioso actionem excludere, maxime si sufficit ad quartam, et in collationem ferri, si intestatus paterfamilias decesserit, et testamento facto, quando hoc testator dixerit.

empfangen hatte, wobey zuweilen den Miterben eine Caution wegen der Entschädigung geleistet werden mußte [93]). Man setze, der Ehemann wäre noch in väterlicher Gewalt gewesen, und die Dos nicht ihm, sondern seinem Vater in die Hände gegeben worden. Der Vater starb, und hatte den verheyratheten Sohn, nebst andern, zum Erben eingesetzt. Hier nimmt der Sohn die Dos seiner Frau vorweg, weil sie nicht zum Nachlaß des Vaters gehört, und er, als Mann, nun selbst dafür zu stehen, und die Lasten der Ehe davon zu bestreiten hat, die vorher dem Vater oblagen. Weil sich aber doch diejenigen, denen künftig, nach erfolgter Trennung der Ehe, das Heyrathsgut zurückzugeben war, deshalb an die sämmtlichen Erben des Schwiegervaters halten konnten, dem das Heyrathsgut war gegeben worden, so mußte sie der Mann und Miterbe durch Caution gegen diesen Anspruch sicher stellen [94]). Noch ist zu bemerken,

93) *L. un.* §. 16. *C. eodem.* Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suae uxoris, vel nurus, in familiae erciscundae iudicio praecipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam *ex stipulatu actionis* coheredibus suis praestanda. S. Cujacius ad h. L.

94) Zur Erläuterung kann dienen *L.* 20. §. 2. *D. Familiae ercisc.* Ulpianus *libro XIX. ad Edictum.* Hoc amplius, filiusfamilias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet, nec immerito: quia ipse onera matrimonii sustinet. *Integram igitur dotem praecipiet, et cavebit, defensum iri coheredes, qui ex stipulata possunt conveniri.* Idem et si alius dotem dedit, et stipulatus est. Nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris: quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet: quia filii onera et nurus ipse adgnoscere necesse habet. S. Westphal's System der

daß mit der actio ex stipulatu kein Vorzugs- oder Sicherheitsrecht verbunden war; jedoch konnte zur Sicherheit durch Stipulation eine Hypothek constituirt werden [95]).

2) Von ganz anderer Beschaffenheit war die Rei uxoriae actio. Diese war eine actio bonae fidei [96]), und zwar gehörte sie zu derjenigen Classe der actionum bonae fidei, die in der Instruction für den Judex den Beysatz hatten: *quantum aequius melius sit* [97]). Cicero [98]) nennt sie daher arbitrium rei uxoriae. Quid enim est in *arbitrio?* sagt er [99]), mite, moderatum, *quantum aequius melius sit dari.* Sie ward durch den Prätor eingeführt, und hatte folgende Eigenheiten.

1) Die rei uxoriae actio konnte nur von der Frau oder dem Vater derselben bald concurrirend, bald von jedem allein angestellt werden. Aber weder die Erben der Frau noch des Vaters konnten sie anstellen. Die Theorie

Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. §. 759.

95) S. von Löhr angef. Abhandlung in dem Archiv für die civilist. Praxis 5. B. S. 292.

96) §. 29. *I. de action.* *L.* 8. *D. de capite minut.* *L.* 36. *D. de peculio.* *L.* 21. *D. Soluto matrim.* *L. un.* §. 2. *C. de rei uxor. act.*

97) Cicero *de Officiis. Lib. III. cap.* 15. Idem *in Topicis. Cap.* 17. Add. *L.* 66. §. *ult. D. Soluto matrim.* *L.* 82. *D. de Solution.* S. auch Sigonius de Judiciis Lib. I. Cap. 21. a. E.

98) Locis citat. Man sehe auch *L.* 12. *D. de impensis in res dotal. factis.*

99) *Orat. pro Roscio Comoedo.* Cap. 4.

des ältern Rechts über die gesetzliche Zurückforderung der Dos mittelst dieser Klage war nämlich folgende.

I. War die Ehe durch den Tod der Frau getrennt worden, und der Vater lebte noch; so konnte dieser die dos profectitia mit der rei uxoriae actio unbedingt zurückfordern, die Frau mochte noch in väterlicher Gewalt, oder sui iuris gewesen seyn. Jedoch konnte der Mann für jedes Kind ein Fünftel der Dos zurückbehalten. Die dos adventitia aber verblieb dem Manne. Lebte hingegen der Vater nicht mehr, so behielt der Mann jede Dos, sie sey profectitia oder adventitia, wenn nicht die Rückgabe ausdrücklich stipulirt war [100]).

II. War hingegen die Auflösung der Ehe beym Leben der Frau erfolgt, es mochte nun durch den Tod des Mannes, oder durch Divortium geschehen seyn, und der Vater lebte noch, so klagte die Frau allein, wenn sie

100) Ulpianus *Fragm. Tit. VI.* §. 4. Mortua in matrimonio muliere, *dos a patre profecta* ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet. — §. 5. *Adventitia* autem *dos* semper penes maritum remanet, praeterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur stipulatus fuit: quae dos specialiter *receptitia* dicitur. Man verbinde damit noch *L.* 6. *pr. D. de iure dot.* *L.* 5. *D. de divortiis.* *L.* 10. *pr.* *L.* 59. *D. Soluto matrimonio.* *L.* 71. *D. de evictionib.* *L.* 5. *D. de bonis damnator.* *L.* 4. *Cod. Soluto matrim.* Vergl. Cujacius Recitat. solemn. ad L. un. §. 6. Cod. de rei uxor. act. und Observation. Lib. IX. cap. 4. und Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 25. S. 148. f. Not. 262.

sui iuris war, auf die Restitution der dos [1]), ohne Unterschied, ob die dos eine adventitia oder profectitia war [2]). Der Vater hatte keine Ansprüche auf die Restitution [3]), auch nicht ihre Erben, wenn etwa die geschiedene Frau noch vor erfolgter Restitution der Dos starb, wofern nicht bey ihrem Leben schon lis contestirt war, oder der Mann sich bey der Zurückgabe der Dos eines Verzugs schuldig gemacht hatte [4]).

1) Ulpianus *Fr. Tit. VI.* §. 6. Divortio facto, siquidem sui iuris sit mulier, ipsa habet actionem, id est, dotis repetitionem.

2) *L.* 2. *pr. D. h. t. L.* 2. *C. eodem.* G. Schultins ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 6. Not. 20. in Jurispr. Antejust. pag. 582.

3) *L.* 22. §. 5. *D. h. t.* Verb. vel etiam *emancipata* sit, frustra pater aget.

4) Ulpian. *Frag. Tit. VI.* §. 7. Post divortium defuncta muliere, *heredi* eius actio non aliter datur, *quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.* Von dieser Ausnahme ist auch wohl *L.* 27. *D. h. t.* zu verstehen, wo Gajus sagt: Si post divortium mortua muliere, *heres eius cum viro, parenteve eius agat:* eadem videntur de restituenda dote intervenire, quae ipsa muliere agente observari solent. Denn in der vorhergehenden *L.* 26. ist von der mora mariti die Rede. Auch der Erbe der Frau muß dem Manne das beneficium competentiae, wovon in der folgenden L. 28. Erwähnung geschieht, eben sowohl gestatten, als wenn die Frau selbst klagte. Hierdurch erklärt sich das et *sine mora*, als Gegensatz der actio ex stipulatu, in *L. un.* §. 4. *Cod. de R. U. act.* Man sehe Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad *L. un.* §. 4. *de rei ux. act.* et ad §. 6. eiusdem L. und Duarenus in Comm. ad L. 27. D. Soluto matrim.

Befand sich die Frau hingegen noch in der Gewalt des Vaters, so stand die rei uxoriae actio dem Vater und der Tochter gemeinschaftlich zu. Der Vater konnte nicht für sich allein, und ohne Zustimmung der Tochter klagen, und eben so wenig die Tochter, und auch hier galt kein Unterschied, die Dos mochte adventitia oder profectitia seyn [5]). War daher die Tochter abwesend, so mußte der Vater wegen der Genehmigung derselben Caution leisten [6]). War hingegen die Tochter gegenwär-

5) Ulpianus *Tit. VI.* §. 6. Quod si in potestate patris sit, pater, *adiuncta filiae persona*, habet actionem *revera*: nec interest, *adventitia sit dos*, *an profectitia*. Daß das *revera* hier keinen rechten Sinn hat, sondern statt dessen wahrscheinlich *rei uxoriae* zu lesen sey, ist schon oben bemerkt worden. Cujacius in Comm. ad L. un. C. de rei uxor. act. §. Accedit. ist davon so lebhaft überzeugt, daß er sagt: Ausim omni pignore contendere, pro *revera* esse legendum *rei uxoriae*, errore nato ex notis. Man sehe jedoch Hugo ius civile Antejustin. Tom. I. pag. 25. Not. 11. War es streitig, ob die Frau noch in väterlicher Gewalt sey, weil sie behauptete, sie sey materfamilias, so wurde der Vater zur Klage anders nicht zugelassen, als wenn er bewies, die Tochter sey noch in seiner Gewalt, und wegen der Zurückforderung der dos mit ihm einverstanden. *L.* 34. *D. h. t.* Daß in der *L.* 2. §. 1. *D. eodem* nur von der dos profectitia die Rede ist, rührt nicht von einer Interpolation Tribonians her, sondern bezieht sich auf den Fall der Delegation, dessen in dem *pr. L.* 2. Erwähnung geschieht. S. Schulting Jurispr. Antejust. pag. 583. Not. 22.

6) *L.* 2. §. 2. *in fin. D. h. t.* Sed si absens filia sit, dicendum erit, non ex voluntate eius id factum: cavendumque, *ratam rem filiam habituram*, a patre.

tig, so wurde ihre Einwilligung vermuthet, wenn sie keinen ausdrücklichen Widerspruch einlegte [7]). Eben so ward auch bey einer blödsinnigen Tochter eine Einwilligung angenommen, weil sie keines Widerspruchs fähig war [8]). Der Unterschied bestand jedoch darin, daß hier kein Gegenbeweis Statt fand, dahingegen in jenem Falle die Tochter mit ihrem Widerspruche noch zugelassen werden mußte, wenn sie zeigte, daß sie gerechte Ursach habe, ihre Zustimmung zu versagen [9]), z. B. weil ihr Vater im üblen Rufe stehe, und zu besorgen sey, daß er das Heyrathsgut verschwenden werde [10]). Es ward auch bey einer Tochter, welche bey

7) *L.* 2. §. 2. *D. eodem.* Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, filiam, *nisi evidenter contradicat*, videri consentire patri.

8) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* Et Julianus *libro quadragesimo octavo Digestorum* scripsit, quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet.

9) S. Duarenus ad L. 2. §. 2. D. h. t. *Oper.* pag. 259.

10) *L.* 22. §. 6. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXIII. ad Edictum.* Nec non illud quoque probamus, quod Labeo probat: nonnumquam patri denegandam actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat: ideoque officium iudicis interponendum est, quatenus et filiae et patri competenter consuletur. Sed si latitet filia, ne tali patri consentire cogatur, puto dari quidem patri actionem, sed causa cognita. Quid enim, si filia vereeunde per absentiam patri *condicat*? cur non dicamus, patri non esse dandam actionem? Daß statt der

Verstande war, erfordert, daß sie von der Klage ihres Vaters Wissenschaft gehabt, wenn aus dem Mangel des Widerspruchs ihrer Seits eine stillschweigende Einwilligung habe gefolgert werden sollen [11]). Hatte der Vater allein, ohne Wissen und Willen der Tochter, das Heyrathsgut zurückgefordert; so ward der Mann dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht frey, der Tochter blieb die Klage gegen den Mann unbenommen, wenn sie nicht der Vater zum Erben eingesetzt, oder ihr ein solches Vermächtniß hinterlassen hatte, daß sie dadurch wegen der Dos vollkommen entschädiget war [12]), oder sie die Handlung des Vaters

florent. Lesart *condicat*, richtiger contradicat gelesen werden müße, wie auch Haloander, Merlin, und andere Ausgaben lesen; ist jetzt keinem weitern Zweifel unterworfen. S. Dirksen civilist. Abhandlungen 1. B. 5. Abh. S. 410. und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 341.

11) *L.* 2. *in fin. D. h. t.* Ulpianus: Ubi enim sapit sc. filia, *scire eam exigimus*, ut videatur non contradicere.

12) *L.* 22. §. 3. *D. h. t.* Ulpianus. Si pater filia absente de dote egerit, etsi omissa sit de rato satisdatio, filiae denegari debet actio: *sive patri heres exstiterit*, *sive in legato tantum acceperit*, *quantum doti satis esset.* Et ita Julianus pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem, quod a patre datur: lucroque eius cedit, si tantum ab eo consecuta sit, quantum ei dotis nomine debeatur a marito, qui patri solvit. Cujacius Observation. Lib. III. cap. 16. will statt: si tantum, si *amplius*, und statt quantum ei, *quam* ei lesen. Allein man sehe *Ant.* Fabri Conjectur. iuris civ. Lib. IV. cap. 9. Merillius Observation. Lib. III. cap. 11. und Voorda Thes. controversar. Decad. XI. §. 7. Hiermit stimmt auch Modestinus *L.* 34. §. 5. *D.*

genehmiget hatte [13]). Eben so blieb aber auch dem Vater die Klage unbenommen, wenn die Tochter nach Trennung der Ehe ohne Einwilligung des Vaters die Dos zurückgefordert, und verschwendet hatte; doch aber nur dann, wenn der Mann wußte, daß sie eine Verschwenderin sey. Denn gab er ihr die Dos aus einer rechtmäßigen Ursache, so fiel alle weitere Klage gegen ihn weg [14]), besonders wenn

*de legat. II.* überein, wo es heißt: Qui, *invita filia*, de dote egerat, decessit, eadem illa exheredata, filio herede instituto, et ab eo fideicommissum filiae dotis nomine reliquit: quaero, quantum a fratre mulier consequi debeat? Modestinus respondit, quod in primis est, *non esse consumptam de dote actionem mulieri, cum patri suo non consenserit*, utique non ignoras: sic enim res explicatur, ut si quidem maior quantitas in priore dote fuit, illius petitione sit tantummodo mulier contenta: quod si in summa dotis nomine legata amplius sit, quam in dote principali, compensatio fiat usque ad eandem summam, quae concurrit, et id tantummodo, quod excedit in sequenti summa, ex testamento consequatur: non est enim verisimile, patrem duplici praestatione dotis filium eundemque heredem onerare voluisse, praeterea cum putaverit, se efficaciter, licet non consentiente filia, instituisse adversus generum de dote actionem.

13) *L.* 34. §. 6. *D. de Solution.* Julianus *Lib. LIV. Digestor.* Si gener socero, *ignorante filia*, dotem solvisset, *non est liberatus:* sed condicere socero potest, *nisi ratum filia habuisset*: et propemodum similis est gener ei, qui absentis procuratori solveret: quia in causam dotis particeps, et *quasi socia obligationis patri filia esset.*

14) *L.* 22. §. 1. *D. h. t.* Ulp. Si post solutum matrimonium filiafamilias *citra patris voluntatem* exactam

der Vater das Geld bekommen hatte [15]). War jedoch der Vater abwesend [16]) oder wahnsinnig, und hatte keinen Curator [17]), oder befand er sich in feindlicher Gefangenschaft [18]); so konnte zwar die Tochter die Dos allein zurückfordern, allein sie mußte wegen der Genehmigung des Vaters Caution leisten. Diese Caution war aber in dem Falle nicht einmal nöthig, da die Tochter bey ihrer Verheyrathung die Dos dem Manne aus dem Pekulium gab, wovon ihr der Vater die Verwaltung überlassen hatte; vorausgesetzt, daß es zur Zeit der Trennung der Ehe noch ihr Pekulium war, d. h. der Vater mußte es ihr nicht

communem dotem consumat: patri et viva ea et mortua, actio superest, ut dos ipsi solvatur. Quod ita verum est, si perditurae solvatur: ceterum, si non perditurae, et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio: sed mortuo patre, nec etiam heredes agent, nec mulier.

15) *L.* 3. *in fin. D. h. t.* Paulus *Lib. VII. ad Sabinum.* Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur.

16) *L.* 22. §. 4. *D. h. t.* Si patri, propter condemnationem, Romae, ubi dos petatur, esse non liceat, filiae satis dotis fieri oportet: ita tamen, *ut caveat ratam rem patrem habiturum.*

17) *L.* 22. §. 10. *D. h. t.* Si soluto matrimonio pater furiosus sit, curator eius, voluntate filiae, dotem petere poterit: aut, si curatoris copia non sit, agere filiae permittendum erit: *caverique oportebit de rato.*

18) *L.* 22. §. 11. *D. h. t.* Idem decernendum est, et si ab hostibus captus sit pater, puellae dandam actionem de dote repetenda.

während der Ehe wieder genommen haben[19]; wozu er allerdings berechtigt war, wenn er ihr auch die Dos selbst davon gegeben hätte[20]. War dieß nun aber nicht der Fall, so konnte die Tochter die Dos auch ohne den Vater zurückfordern. In der Regel mußten also, wenn die Frau noch in potestate war, Vater und Tochter die Herausgabe der Dos gemeinschaftlich fordern; wenn jedoch Einer von beyden Theilen vor geschehener Zurückforderung oder Restitution der Dos starb, dann fiel dem Andern das Recht allein zu[20]. War der Vater zur Zeit der erfolgten Trennung der Ehe nicht mehr am Leben, so stand der Frau die Rei uxoriae actio allein auf Restitution der ganzen Dos zu, sie mochte noch in potestate, oder sui iuris gewesen seyn[21].

19) *L.* 24. *D. de iure dot.* Pomponius *libro XV. ad Sabinum.* Si filiafamilias nuptura ex peculio, cuius administrationem habet, dotem viro dedit, deinde, cum in eadem causa peculium eius esset, divortium fecerit: dos ei recte solvitur, quasi a quolibet peculiari debitore. S. Pothier Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. X. Not. d. pag. 60.

20) *L.* 31. §. 2. *L.* 66. §. 2. *D. h. t.*

21) *L.* 44. *D. h. t.* Paulus *Lib. V. Quaestionum.* Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre, cum herede eius filiam de dote acturam, Nerva et Cato responderunt: ut est relatum apud Sextum Pomponium *Digestorum* ab Aristone *libro quinto:* ibidem Aristoni consensit. Ergo dicerem, et si emancipasset pater filiam, ipsum quoque conveniri posse. So wie die Worte gefaßt sind, scheint der Fall nicht auser Zweifel gewesen zu seyn. Der Mann hatte hier seinen Schwiegervater zum Erben eingesetzt. Letzter hatte auch die Erbschaft angetreten.

2) In Rücksicht des ehelichen Verhältnisses ging die rei uxoriae actio, wenn sie gegen den Mann angestellt wurde, nur in id, quod facere poterat, wie Ulpian [22]) sagt, nicht auf das Ganze. Es fand bey dieser Klage nach dem neuern Kunstausdruck das beneficium competentiae Statt, welches jedoch, als eine ganz persönliche Rechtswohlthat, den Erben nicht zu statten kam [23]). Justinian [24]) gedenkt dieser Rechtswohlthat bey der rei uxoriae actio ausdrücklich im Gegensatz der actio ex stipulatu.

Hiermit schien also die Verbindlichkeit zur Restitution der dos erloschen zu seyn, und zwar nicht blos auf Seiten des Schwiegervaters, der die dos gegeben hatte, und nun Erbe seines Schuldners geworden war, *L. 7. Cod. de pactis*; sondern auch in Ansehung der Tochter, quia patris et filiae dos est. *L. 2. §. 1. D. h. t.* Allein da ohne ihren Willen ihr Recht an der dos nicht erlöschen konnte. *L. 2. C. h. t.* so bleibt ihr die Klage, wenn sie auch in der Person des Vaters erloschen war, nach desselben Tode gegen den Erben unbenommen. S. Cujacius Comm. ad Pauli Libb. Quaestion. in h. L. und *Greg.* Maiansius Comm. ad XXX. Ictorum omn. fragmenta. Tom. I. pag. 87. sq.

22) *L. 12. D. h. t.*

23) *L. 13. L. 15. §. 1. D. h. t.* Jedoch wird auch dem Schwiegervater die Wohlthat der Competenz gestattet, wenn die Schwiegertochter gegen ihn de dote klagt. *L. 15. §. 2. D. eod.* Es wird von dieser Rechtswohlthat §. 1279. noch weiter gehandelt werden.

24) *L. 2. §. 7. Cod. de rei uxor. act.* Rei uxoriae autem — non in solidum, *sed in quantam maritus facere potest*, si non dolo malo suam deminuerit substantiam.

3) Bey der rei uxoriae actio galt ferner das Edictum Praetoris de alterutro. Dieſes Edicts geſchieht zuerſt Erwähnung in einer Conſtitution des Kaiſers Theodoſius [25]), und zwar bey der Gelegenheit, da er aus mehreren Beyſpielen zeigt, daß bey vorhandenen mehreren Rechtsmitteln die einmahl getroffene Wahl keine nachherige Aenderung geſtatte, welches auch bey dieſem Edict der Fall ſey. Dieſes Edict verordnete nun, daß wenn die Ehe durch den Tod des Mannes wäre getrennt worden, und der Mann ſeiner Frau im Teſtament ein Vermächtniß hinterlaſſen hätte, die Frau, wenn ihr die Rückgabe der Dos nicht beſonders verſprochen worden, nicht beydes zugleich, das Vermächtniß und ihr Heyrathsgut, ſondern nur Eins von beyden fordern könne, und das, was ſie einmal gewählt hat, behalten müſſe, ohne daß eine weitere Aenderung der Wahl Statt finde [26]). Die Frau mußte zu dem Ende Caution machen, daß ſie, wenn ſie das Eine gewählt, nachher das Andere nicht mehr fordern wolle, wenn ihr nicht die Wohlthat des Alters zu

25) *L. 7. Cod. Theod. IV. 4. de testamentis et codicillis.* S. *Jac.* Gothofredi Comm. ad h. L. Tom. I. Cod. Theod. pag. 390. edit. *Ritter.*

26) Cujacius in Recitat. solemn. ad L. un. §. 3. Cod. de rei uxor. act. hat den Inhalt dieſes Edicts auf folgende Art reſtituirt: *Ut si uxori vir tantum reliquisset legati aut fideicommissi iure, quantum esset in dote, eligeret mulier, utrum mallet dotem repetere, an capere, quod ei maritus testamento reliquisset, alterutro vel contenta abiret, nec consequeretur utrumque: electo uno, ne posset transire ad aliud.* Man ſehe auch Observation. Lib. III. cap. 16.

statten kam [27]). Vermöge dieses Edicts konnte daher auch die Frau, wenn sie Erbin ihres Mannes geworden war, bey der Berechnung der Falcidie ihre Dos nicht abrechnen [28]).

3) Bey dieser Klage fanden auch mancherley Retentionen, oder Abzüge Statt, wodurch die Dos oft gar sehr vermindert wurde. Ulpian [29]) führt fünferley Arten solcher Retentionen an. a) Propter liberos. b) Propter mores. Von beyden ist schon an einem andern Orte [30]) gehandelt worden. c) Propter impensas. Von dieser Retention hat Ulpian [31]) blos die Eintheilung der impensae in necessariae, utiles und voluptuosae erklärt. Die Rechtsprincipien selbst fehlen. Es wird davon in dem ersten Titel des folgenden Buchs die Rede seyn. d) Propter res donatas. Dieser Retention gedenkt zwar Ulpian [32]), allein die Stelle, wo er dieselbe ausgeführt hat, ist verloren gegangen. In den Pandecten geschieht dieser

27) *L. ult. Cod. Theod. de testam. cit.* sagt: Sic mulier in Edicto, quod *de alterutro* est, cum suam explanaverit optionem, *ne poenitentia possit ad aliud transire*, *etiam satisdatione cogetur praecavere*, nisi si aetatis iuvetur auxilio.

28) *L. un.* §. 8. *Cod. de rei uxor. act.*

29) *Fragm. Tit. VI.* §. 9.

30) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1245. und den 26. Th. §. 1262. S. 395. f. Man sehe auch *Marc. Vertran.* Maurus de iure liberorum. Cap. 5. (in Thes. *iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 982. seq.) und Cujacius Recit. ad L. un. §. Sileat Cod. de rei uxor. act.

31) *Tit. VI.* §. 14. 15. 16. 17.

32) *Tit. VI.* §. 9.

Retention an mehreren Orten Erwähnung [33]). Sie bezieht sich auf Schenkungen, die der Mann der Frau gemacht hatte, welche unter Ehegatten nicht galten, und setzte geschehenen Wiederruf der Schenkung voraus [34]). Sie konnte daher nur bey der Scheidung, nicht bey Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes Statt finden. Endlich e) propter res amotas. Auch von dieser fehlt die Ausführung bey Ulpian. Sie fand aber ohne Zweifel Statt, wenn die Frau wegen vorhabender Scheidung Sachen dem Manne entwendet hatte, und gründete sich darauf, daß der Mann den Werth der entwendeten Sachen von der dos retiniren konnte [35]). Der Unterschied zwischen diesen verschiedenen Arten der Retentionen bestand darin. Ob res donatas, oder amotas und ob mores hatte nicht nur eine Retention, sondern auch eine Action Statt, nämlich *ob res donatas* nicht nur die Reivindication, sondern auch eine Condiction. *Ob res amotas*, die actio rerum amotarum. *Ob impensas* eine condictio [36]), *ob mores* die actio de moribus. Mit allen diesen Klagen concurrirte die Retention. Ob liberos hingegen fand nur eine Retention, aber keine Klage statt [37]). Ferner ob res amotas und ob impensas hatte die Re-

33) *L.* 20. *pr. D. de pactis dotal. L.* 7. §. 5. *D. Soluto matrim.*

34) S. Cujacii Recitat. solemn. ad L. un. §. Taceat. Cod. de rei uxor. act.

35) Cujacius ibidem. und Witte angeführte Abhandlung. S. 111. War die Rückgabe der dos stipulirt, so mußte der Mann die actio rerum amotarum anstellen.

36) *L.* 5. §. 2. *D. de impensis in res dotal. factis.*

37) Ulpian. *Tit. VI.* §. 10.

tention Statt, die Ehe mochte durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes getrennt worden seyn. Allein ob res donatas, ob liberos, und ob mores nur dann, wenn die Ehe durch Scheidung war aufgehoben worden [38]).

4) Mit der rei uxoriae actio konnte die Frau, wenn der Vater das Heyrathsgut für sie gegeben hatte, dasselbe verlangen, wenn sie auch enterbt oder emancipirt war; so wie sie dasselbe, wenn sie der Vater zum Erben eingesetzt hatte, zum Voraus erhielt, wenn mehrere Miterben vorhanden waren [39]). Denn die dos profectitia ward als ein Eigenthum der Tochter angesehen [40]). Eine Folge davon war, daß diese dos in den Pflichttheil eingerechnet und conferirt wurde [41]); ja es wurde dadurch die querela inofficiosi testamenti ausgeschlossen, wenn die dos zum Pflichttheile genügte [42]).

5) In Absicht auf die Restitution der Dos war bey der rei uxoriae actio ein Unterschied, ob das Heyrathsgut in Sachen bestand, quae pondere, numero, mensura consistunt, welche der gemeine Sprach-

38) Cujacius Recit. ad L. un. §. Sileat.

39) *L. un.* §. 11. *Cod. de R. U. A.* Cumque iuris certi atque indubitati sit, si parens per virilem sexum ascendens, dote pro filia, vel nepte praestita, *emancipavprit* eam, vel ipse *decesserit*, *in* REI UXORIAE ACTIONE *dotem omnimodo ad mulierem pertinere*, etiamsi fuerit *exheredata*, quod non erat *in stipulatu actione*.

40) *L. 4. D. de collat. bonor. L. 14. pr. D. ad Leg. Falcid.*

41) *L. un.* §. 12. *Cod. de R. U. A.*

42) *L. un.* §. 12. *Cod. eodem.*

gebrauch fungible Sachen nennt, oder in andern Sachen. Bey den letzteren konnte die Restitution sogleich nach getrennter Ehe, bey den erstern aber nur in drey einjährigen Terminen gefordert werden[43]). Endlich

6) mit dieser Klage war ein privilegium exigendi verbunden, welches jedoch höchst persönlich war[44]).

43) Ulpianus Tit. VI. §. 8. Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die reddetur: nisi si, ut praesens reddatur, convenerit. Reliquae dotes statim redduntur. Cujacius Recitat. solemn. ad L. un. §. 7. Cod. de R. U. A. glaubt, daß diese drey Termine in der *L.* 1. §. 2. *D. de dote praeleg.* unter dem abgekürzten Ausdruck annua die zu verstehen wären; so wie die Worte trima die in der *L.* 3. §. 6. *D. de annuis legatis* ebenfalls diese drey Termine anzeigten. Was diese drey Termine bey der Zurückzahlung der dos für einen Grund gehabt haben, läßt sich nicht bestimmen; soviel scheint indessen gewiß zu seyn, daß unter denselben ursprünglich drey cyklische Jahre, das Jahr zu zehen Monaten gerechnet, verstanden waren, welche erst mit der Zeit in gewöhnliche verwandelt wurden. S. Niebuhr's Römische Geschichte. 2. Th. S. 437. f. und Witte angef. Abhandlung. S. 107. — 110. Man vergleiche noch *L. un.* §. 7. *Cod. de rei uxor. act.* Dieser Wohlthat machte sich der Mann verlustig, wenn er propter mores die Ehescheidung veranlaßt hatte. Die Strafe desselben *propter mores maiores* war augenblickliche Auslieferung der dos; oder nach einem halben Jahre, (senum mensum diej *propter mores minores.* S. Schraders rechtsgeschichtliche Bemerkungen. Nro. V. (in Hugo civilist. Magazine 5. Band. 2. Heft. S. 180 — 184.)

44) *L. un. Cod. de privilegio dotis.* Impp. Severus et Antoninus. Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres utuntur *in actione de dote*, ad heredem non

Aus der Vergleichung beyder Klagen ergiebt sich, daß die actio ex stipulatu de dote gewissermassen vortheilhafter war, als die actio rei uxoriae, daß dagegen aber auch die letztere Klage mit Vortheilen verbunden war, welche die erstere nicht hatte.

Justinian verschmolz nun die beyden alten Klagen, und bildete daraus die neue actio ex stipulatu, die alle die Vortheile vereint an sich tragen sollte, welche vorher der einen oder der andern Klage eigen waren, ja er erweiterte noch ihren Wirkungskreis. Diese neue actio ex stipulatu nimmt bald die Natur einer actio bonae fidei an, und participirt in so fern von den Eigenschaften der rei uxoriae actio; bald hat sie die Beschaffenheit einer actio stricti iuris, und nimmt in so fern wieder an den Eigenschaften der alten actio ex stipulatu Theil [45]). Justinian erklärt sich darüber in der *L. un.* §. 2. *C. de rei uxor. actione* auf folgende Art.

Sed etsi non ignoramus, *ex stipulatu actionem* stricto iure esse vallatam, et non ex bona fide descendere; tamen quia novam naturam *de dote stipulatio* sibi invenit: accommodetur ei natura rei uxoriae, et *bonae fidei beneficium*, et omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. *Si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praesenti specialiter ei addimus: ut sit et nova ista ex stipulatu, quam composuimus, et non propria tan-*

transire. Man verbinde damit die *L.* 12. *pr. Cod. Qui potiores in pign.*

45) S. Dabelow's Handbuch des Pandecten-Rechts. 3. Th. §. 277. S. 436. ff.

*tum, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata.*

Justinian gedenkt dieser neuen Klage auch §. 29. *J. de actionib.* wo er sagt:

Fuerat antea et *rei uxoriae actio* una ex bonae fidei iudiciis: sed cum pleniorem esse *ex stipulatu actionem* invenientes, *omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu*, quae *de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu*, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam.

Die wesentlichen Bestimmungen der neuen actio ex stipulatu lassen sich in ihrem ganzen Umfange auf folgende Art am leichtesten übersehen.

1) Die Klage hat zwar eine Stipulation zum Grunde, doch wird hier keine förmliche und ausdrückliche Stipulation erfordert, sondern die Klage ist begründet, wenn auch keine Stipulation Statt gefunden hat, oder die errichtete Stipulation an sich ungültig ist. Immer soll eine Stipulation zum Vortheil der Frau, oder ihres Vaters angenommen werden, wo sonst die actio rei uxoriae üblich war, da solche nun niemals mehr Statt finden kann. Darum soll auch der väterliche Ascendent gewissermassen als Stipulator behandelt werden. Nur wenn ein Dritter, der kein väterlicher Ascendent der Frau ist, das Heyrathsgut bestellt hat; so muß bey der Bestellung der dos die Rückgabe ausdrücklich vorbehalten werden; ist dieses nicht geschehen, so soll angenommen werden, als wenn die

Frau eine gültige Stipulation zu ihrem Vortheil eingegangen habe, und ihr kommt dann die actio ex stipulatu zu. Folgende Stellen aus der L. *un. C. de rei uxor. act.* sind hier merkwürdig.

§. 1. *Rei uxoriae* itaque *actione sublata* sancimus, omnes dotes per *ex stipulatu actionem* exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non, ut intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta. Eodemque modo etsi inutiliter facta est stipulatio, adiuvari enim eam magis, quam evanescere oportet. — Est enim consentaneum nobis, qui censemus, *ubi stipulatio supposita non est, intelligi eam fuisse adhibitam*, et multo magis etiam, si inutilis est, validam eam effici.

§. 13. Si non *specialiter* extraneus dotem dando in suam personam dotem *stipulatus sit*, vel pactum fecerit: *tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat.* Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse, ne quod pro mulieribus introduximus, hoc adversus mulieres convertatur. Immo magis in huiusmodi dotibus, quae ab extraneis dantur, vel promittuntur, ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem, nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus: cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius servasse extraneus non stipulando videatur. *Extraneum* autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem, et in potestate dotatam personam

*non* habentem[46]): *parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus*[47]).

2) Die neue actio ex stipulatu findet nur dann Statt, wenn von der Frau, ihrem Vater, oder ihren Erben die dos zurückgefordert wird. Hat ein Extraneus, das heißt ein Dritter, die Dos bestellt, der sich die Rückgabe des Heyrathsguts auf den Fall der Ehetren-

46) In vielen Ausgaben ist das NON eingeschlossen. Z. B. bey *Russard*, *Charondas*, *Pacius*, und *Gothofredus*. Einige lesen ohne die Negation, wie *Haloander* und *Chevallonius*. Diese Lesart wird durch die *Basilica* bestärkt. Diese haben Tom. IV. Lib. XXIX. Tit 1. Constit. 119. §. 13. p. 546.; καὶ ἐχόντων ὑπεξουσίαν τὴν προικιξωμένην; und in dem Schol. p. ex τοῦ κατὰ πόδας pag. 668. καὶ ὑπεξόυσιον τὸ προικιξόμενον πρόσωπον ἔχοντος. Eben so scheint auch die Glosse gelesen zu haben. Doch haben mehrere glossirte Ausgaben, z. B. die von *Baudoza Cestius* und *Hugo a Porta*, personam *non* habentem. Diese Lesart hat auch *Spangenberg* in die göttinger Ausgabe des corp. iuris aufgenommen. Indessen bemerken *Russard*, *Charondas*, und *Pacius*, daß in allen von ihnen verglichenen Manuscripten die Negation fehle.

47) Es ist jedoch diese tacita patris stipulatio nicht so weit auszudehnen, daß der Vater in solchen Fällen, wo er die Rückgabe der dos ehemals ohne Stipulation gar nicht fordern konnte, nunmehr dieselbe schon an sich vermöge einer stillschweigenden Stipulation sollte verlangen können; sondern Justinian will nur so viel sagen, daß in solchen Fällen, wo sich der Vater der rei uxoriae actio bedienen konnte, ihm jetzt die actio ex stipulatu tacita zu statten komme. S. *Ant.* Fabri Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 16. in fin.

nung vorbehalten hat; so hat dieser die neue Klage nicht, sondern er muß sich der alten Klagen bedienen, nämlich der actio ex stipulatu, oder der actio praescriptis verbis, je nachdem er sich den Rückfall der Dos entweder durch eine förmliche Stipulation, oder durch ein bloßes pactum vorbehalten hat. Diese Klagen sind denn aber freylich nicht mit den Vortheilen, die Justinian der neuen actio ex stipulatu de dote beygelegt hat, verbunden [48]). Dagegen steht die actio ex stipulatu in der neuen Gestaltung auch dem Manne gegen die Frau zu, sowohl wegen Bestellung eines versprochenen Heyrathsguts, als wegen Eviction desselben [49]).

3) Die actio ex stipulatu nimmt die Eigenschaft einer actio bonae fidei an [50]), nämlich insofern, a) daß der Mann Verzugs-Zinsen bezahlen muß, wenn er nicht zur festgesetzten Zeit die dos restituirt, jedoch nur zu vier von Hundert [51]). b) Daß der Mann dolum und culpam prästirt [52]). c) Daß Er nicht auf das Ganze, son-

48) S. *Hug.* Donellus Commentarior. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 7. §. 25. (Volum. VIII. p. 231. edit. noviss. *Norimberg* 1825. 8.) *Hub.* Giphanius in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. un. §. Accedit ei, de R. U. A. und *Pet. de* Toullieu Diss. II. de iure Nuptarum. Cap. V. Man vergleiche auch den 19. Th. dieses Commentars §. 1088. S. 120 ff.

49) *L. un. pr. et* §. 1. *Cod. de R. U. act.*

50) *L. un.* §. 2. *Cod. eodem.* Verb. accommodetur ei — bonae fidei beneficium.

51) *L. un.* §. 7. *C. eodem*, verbunden mit *L.* 32. §. 2. *D. de Usuris*, wo Marcian sagt: In bonae fidei contractibus *ex mora* usurae debentur.

52) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* S. Cujacii Recitation. in Cod. ad L. un. §. 2. C. de R. U. A.

dern nur in tantum verurtheilt werden kann, in quantum facere potest, d. h. soweit es zur Zeit der Verurtheilung seine Vermögens-Umstände erlauben [53]). Es wird jedoch vorausgesetzt, daß er sein Vermögen nicht betrügerisch vermindert habe; auch muß der Mann Caution leisten, daß er, wenn er zu bessern Vermögens-Umständen kommen sollte, den Ueberrest noch nachzahlen wolle [54]).

53) *L.* 15. *pr. D. h. t.*

54) *L. un.* §. 7. *Cod. de R. U. A.* In hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut si matrimonium fuerit dissolutum, nullo pacto adhibito, *in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest:* quia hoc aequissimum est, et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est: cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret. Das beneficium competentiae steht auch der Frau zu, wenn sie wegen des versprochenen Heyrathsguts in Anspruch genommen wird. Modestin sagt *L.* 20. *D. de re iudicata.* Non tantum *dotis nomine* maritus, *in quantum facere possit*, condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus. — Quod et *in persona mulieris aequa lance servari*, aequitatis suggerit ratio. Cujacius Observat. Lib. XXVIII. cap. 38. will zwar die letzteren Worte für ein emblema Triboniani halten, weil sonst nirgends der Frau diese Rechtswohlthat gegeben werde. Allein er irrt. Das Gegentheil lehren *L.* 17. §. 1. *D. h. t.* und *L.* 21. §. 6. *D. de act. rer. amot.* wie schon *Jo.* Altamiranus ad Lib. I. Quaestion. Scaevolae Tract. I. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 380.) und *Jo. van* Nispen in Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt, Cap. III. (in *Ger.* Oelrichs Thes. Disser-

Endlich d) daß gegen ihn das iuramentum in litem Statt findet, wenn er sich dolo malo auſſer Stand gesetzt haben sollte, die dos restituiren zu können[55]).

4) Bey der neuen Klage findet das Edictum de alterutro nicht Statt[56]). Hierin hat Justinian die Natur der alten actio ex stipulatu beybehalten. Hat daher der Mann seiner Frau ein Vermächtniß hinterlaſſen, und nicht ausdrücklich verordnet, daß es ihr auf ihre dos angerechnet werden solle, so kann sie von den Erben des Mannes Beydes, das Legat, und ihr Heyrathsgut fordern, und hat sie der Mann zur Erbin eingesetzt, die Erbschaft aber mit Vermächtniſſen beschwert; so kann sie ihre dos, als ein aes alienum defuncti[57]), und auch

tation. iuridic. selectiss. in acad. Belgic. habitar. Vol. I. Tom. I. pag. 28. sqq.) gegen Cujaz erinnert haben.

55) *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* Paulus *Lib. XXXVI. ad Edictum.* Maritum, in reddenda dote, *de dolo malo et culpa* cavere oportet, quod si dolo malo fecerit, quominus restituere possit, damnandum eum, *quanti mulier in litem iuraverit:* quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat. Man verbinde damit *L.* 5. *pr. D. de in litem iurando*, wo Marcian sagt: In actionibus in rem, et in ad exhibendum, *et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.* S. Donellus c. l. Lib. XIV. Cap. 7. §. 28. Vol. VIII. pag. 232 sqq.

56) *L. un.* §. 3. *C. de R. U. A.* Sciendum itaque est, Edictum Praetoris, quod *de Alteratro* introductum est, in *ex stipulatu actione* cessare: ita ut uxor et a marito relicta recipiat, et dotem consequatur: nisi specialiter *pro dote* ei maritus ea dereliquit: cum manifestissimum sit, testatorem, qui hoc non addiderit, voluisse eam utrumque consequi.

noch die ihr als Erbin gebührende Falcidie, oder, wenn sie die Erbschaft wieder einem Andern restituiren sollte, die Trebellianische Quarte abziehen[58]). So ist also das Edictum *de Alterutro*, dessen auch sonst nirgends weiter in dem römischen Gesetzbuche Erwähnung geschieht, mit Aufhebung der rei uxoriae actio, erloschen.

5) Auch die Eigenschaft hat die neue actio de dote von der alten actio ex stipulatu erhalten, daß sie auf die Erben übergeht, wenn sich auch der Mann bey der Zurückgabe der dos keines Verzugs schuldig gemacht hat[59]). Der Mann soll daher nicht mehr, wie vorher, wenn die Frau während der Ehe stirbt, die dos adventitia lucriren, sondern den Erben der Frau soll das Recht zustehen, auf Restitution des Heyrathsguts zu klagen[60]).

6) Der Vater soll ferner, wenn die Tochter noch in seiner Gewalt ist, und die Ehe durch Scheidung oder durch den Tod des Mannes getrennt wird, wie bey der rei uxoriae actio, mit Einwilligung der Tochter, ad-

57) *L.* 6. *pr. Cod. ad Leg. Falcid.*

58) S. Cujacius et Giphanius ad L. un. §. 3. C. de R. U. A.

59) *L. un.* §. 4. *Cod. de rei ux. act.* Maneat actionis ex stipulatu ius ad successores et sine mora transmissionis incorruptum.

60) *L. un.* §. 6. *Cod. eodem.* Illo procul dubio in *ex stipulatu actione* servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes *ex stipulatu actio* secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur.

juncta filiae persona, die dos zurückfordern, und zwar ohne Unterschied, sie sey profectitia oder adventitia[61]). Das Gesetz nimmt auch hier eine stipulatio tacita an. Denn hätte der Vater sich den Rückfall der Dos ausdrücklich stipulirt, so würde die Zurückforderung derselben ihm auch noch jetzt allein zustehen, non exspectato filiae consensu[62]). Stirbt hingegen der Vater, wenn auch erst nach der Litiscontestation, so geht sein Recht bey der neuen Klage nicht auf seine Erben über, sondern die Klage wird hier in der Person der Tochter consolidirt, welche nun die dos allein, als ihr Eigenthum, zurückfordert[63]).

7) Eben so, wie bey der rei uxoriae actione, soll nicht minder die Tochter, auch wenn sie der Vater exheredirt, oder emancipirt, oder mit mehreren zugleich zur Erbin eingesetzt hat, die dos profectitia ganz allein erhalten, diese daher auch conferirt, und in den Pflichttheil eingerechnet werden[64]).

8) Die Fristen der Restitution, welche bey der rei uxoriae actio, wenn die Dos in beweglichen, oder unkörperlichen Sachen bestand, drey einjährige Termine enthielten, sind bey der neuen actio ex stipulatu auf ein

61) *L. un.* §. 14. *C. de R. U. A.* Man sehe auch Cujacius Recitation. ad h. L. §. *Accedit.*

62) S. *Pet. de* Toullieu Diss. H. de iure nupt. cap. 4.

63) Der Grund ist, weil die dos profectitia Eigenthum der Tochter ist. *L.* 3. §. 5. *D. de minorib. L.* 4. *D. de collat.* S. Giphanius Explanat. ad L. un. §. *Et hoc Cod. de rei uxor. act.*

64) *L. un.* §. 11. *et* 12. *C. de R. U. A.*

Jahr gesetzt. Nur die unbeweglichen Sachen sollen sogleich nach erfolgter Trennung der Ehe restituirt werden, welches schon die beyden alten Klagen, die actio ex stipulatu und die rei uxoriae actio mit einander gemein hatten [65]).

9) Darin aber hat die neue Klage die Natur der alten actio ex stipulatu behalten, daß die alten Retentionen, welche der rei uxoriae actio entgegengesetzt werden konnten, auch bey ihr nicht Statt finden sollen. Das alte Retentionsrecht soll also gegen die neue actio ex stipulatu aus keinerley Gründen mehr geltend gemacht werden können, weder ob mores, noch ob res amotas, noch ob liberos, noch ob res donatas, noch ob impensas in res dotales factas [66]). Es ist offenbar, daß Justinians Absicht hier darauf gerichtet ist, alle Hindernisse der Restitution des Heyrathsguts aus dem Wege zu räumen [67]). Diese Absicht konnte auch leicht dadurch erreicht werden, daß für alle diese Fälle dem Manne schon eigene Rechtsmittel zu Gebote standen. Jedoch ist durch die Aufhebung aller jener Retentionen gegen die neue actio ex stipulatu die Zulässigkeit der eigenen

65) *L. un.* §. 7. *C. de R. U. A.* Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo *intra annum*, in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus: caeteris videlicet rebus, *quae solo continentur*, illico restituendis: quod *commune utriusque fuerat actionis.*

66) *L. un.* §. 5. *Cod. eodem.*

67) S. *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* Tit. 6. §. 9. in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 543.

chen Compensation nicht ausgeschlossen worden [68]). Durch eine compensationsmäßige Forderung dürfte eine Verminderung der dos um so mehr eintreten, wenn erwogen wird, daß die Einrede der Compensation nach dem neuern Recht gegen actiones stricti iuris eben so zulässig ist, als gegen actiones bonae fidei [69]). Endlich

10) hat Justinian der neuen actio ex stipulatu eine stillschweigende Hypothek beygelegt, welche er mit dem Vorrecht verbunden hat, daß die Frau im Concurse des Mannes allen Gläubigern desselben vorgehen soll, wenn sie auch gleich eine ältere Hypothek hätten. Justinian nahm hier die rei uxoriae actio zum Vorbilde. Da nämlich diese Klage schon nach dem ältern Rechte ein solches Privilegium gehabt, daß sie allen andern persönlichen Forderungen auch der ältern Gläubiger vorgegangen sey; so meint Justinian, er habe ja wohl auch der Hypothek, welche mit der neuen actio ex stipulatu verbunden seyn soll, dasselbe Vorzugsrecht vor ältern Pfandgläubigern beylegen können. Er erklärt sich darüber in einer neuern Constitution, nämlich *L.* 12. §. 2. *Cod. Qui potiores in pignore.* folgendermassen:

Ad haec omnia respicientes, et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, et haec omnia in unum colligentes, sancimus, *ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus,*

68) S. Giphanius ad L. un. §. *Taceat.* Cod. de R. U. A. in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. p. 418.

69) §. 30. *I. de action. L. ult. C. de compensation.* S. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 277. S. 438.

*cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur *res uxoria*; *quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium*, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent, sed quocunque modo vel dissipatae vel consumtae sint, si tamen res ipsae fuerint parti mariti datae?

Das Privilegium der Hypothek sollte also auch seine Kraft und Wirkung nicht weiter äussern, als das alte privilegium exigendi, nach dessen Beyspiel es eingeführt worden ist. So wie nun dasselbe nur allein der Frau zustand, wenn sie das Heyrathsgut aus dem Vermögen des Mannes zurückforderte, und nicht auf die Erben überging [70]); so sollte auch das Privilegium der Hypothek, welches Justinian der dos beygelegt hat, nur der Frau allein, nicht aber ihren Erben zu statten kommen. Justinian sagt dieß nicht nur in den Institutionen IV. 6. §. 29. *de actionibus*, wo er erzählt, wie er die actio rei uxoriae mit der actio ex stipulatu vereinigt habe, und dann diese Darstellung mit den Worten schließt:

Sed et tacitam ei (sc. *actioni ex stipulatu*) dedimus hypothecam: praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, *cum ipsa mulier de dote sua experiatur*, cuius solius providentia hoc induximus;

sondern er äussert sich darüber noch bestimmter in der *Nov. LXI.* dessen Schlußworte also lauten:

70) *L. un. Cod. de privilegio dotis.* VII. 74.

Omnibus privilegiis, *quae doti a nobis data sunt*, in suo robore manentibus, *si mulier agat*. Nemini enim ex reliquis, *excepta muliere*, illud privilegium aut ab initio dedimus, aut nunc damus.

Ob nicht in Ansehung der Kinder, oder in wiefern in Ansehung derselben eine Ausnahme zu machen sey, ist schon an einem andern Orte [71]) untersucht worden. Ich habe mich daselbst für die Meinung des Herrn von Kamptz entschieden, nach welcher dieses Privilegium auch nach dem Tode der Ehefrau den Kindern derselben, als Erben ihrer Mutter, zusteht, und zwar nicht blos im Falle der Collision mit ihrer Stiefmutter, sondern auch wenn sie mit andern Gläubigern ihres Vaters concurriren. Man hat jedoch neuerer Zeit diese Frage einer nochmaligen Prüfung unterworfen, und ausser Zweifel zu setzen sich bemüht, daß den Kindern das privilegium hypothecae dotalis nur ausnahmsweise und aus einer besondern Begünstigung in dem Falle gestattet worden sey, wenn sie bey der Zurückforderung der Dos mit ihrer Stiefmutter in Collision gerathen, damit die ältere Dos der jüngern nicht nachstehe [72]). Daß es aber auch ausser diesem Falle, nach einer allgemeinen Praxis in Deutschland, den Descendenten der Ehefrau, als deren Erben, gestattet werde, giebt man

71) S. den 19. Th. dieses Commentars §. 1094. S. 273 — 288.

72) S. Dabelow's Handbuch des Pandectenrechts 3. Th. §. 278. S. 449—459. und von Löhr über das Privilegium der zur Sicherheit der dos stattfindenden Pfandrechte, im Archiv für die civilist. Praxis. 5. B. S. 290—318.

jedoch zu, und dieß ist auch zu bekannt, als daß es noch einigem Zweifel unterworfen seyn könnte. Die Untersuchung beschränkt sich daher blos auf die Theorie. Ob aber dieser durch die neuere Untersuchung ein vollkommnes Genüge geschehen sey, mögen Andere beurtheilen. Ich verkenne die Wichtigkeit der Gründe nicht, die dagegen mit großer Gelehrsamkeit sind vorgebracht worden; ich würde indessen gegen meine Ueberzeugung sprechen, wenn ich sagen wollte, daß ich durch das Uebergewicht derselben wäre bestimmt worden, meine dort vertheidigte Meinung zu verlassen, so geneigt ich auch sonst bin, eingesehene Irrthümer zu verbessern [73]). Noch immer bin ich lebhaft davon überzeugt, daß die Frage, ob den Kindern, wenn sie das Heyrathsgut ihrer Mutter aus dem Concurse ihres Vaters zurückfordern, ein Vorzugsrecht gegen andere, wenn gleich der Zeit nach ältere Gläubiger ihres Vaters, zustehe, nie in Streit gezogen worden sey. Wie wenig es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sey, den Kindern blos ausnahmsweise das privilegium dotis für den Fall zu gestatten, wenn sie mit ihrer Stiefmutter bey der Zurückforderung der dos ihrer verstorbenen Mutter in Collision gerathen, läßt sich selbst aus den Worten der *L.* 12. *C. Qui po-*

73) Auch Herr Prof. Mühlenbruch in Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 432. hat die vom Kamptz vertheidigte, und von ihm in dem Pr. de iure eius, cui actionibus cessit creditor. *Rostochii* 1813. 4. §. III. pag. 35. et Not. ** schon früherhin angenommene Meinung nicht zurückgenommen, sondern führt H. v. Löhr im Archiv für Civ. Prax. blos als einen Dissentiens an. Man sehe auch Schweppe Röm. Privatrecht §. 362. a. E. S. 287. der dritten Ausgabe, und Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 31. S. 227. Nr. 2.

*tiores in pignore* beweisen, worin man gerade einen Hauptbeweis gegen die Meinung des Herrn von Kamptz gefunden haben will.

Justinian hatte zwar schon der Frau in der *L. 30. Cod. de iure dotium*, (datirt vom Jahre 529) zur Sicherheit ihrer res dotales, ein so vorzügliches Recht gegeben, daß, wenn solche noch in Natur vorhanden sind, sie bey Vindication derselben, den Vorzug vor allen andern Gläubigern des Mannes haben solle, wenn sie auch gleich eine ältere Hypothek hätten, weil diese Sachen ursprünglich ein Eigenthum der Frau gewesen, und also auch noch nach getrennter Ehe natürlich ein solches seyn müßten.

Da sich jedoch dieses Vorzugsrecht nur auf die Vindication der res dotales beschränkte, obwohl übrigens kein Unterschied Statt finden sollte, die res seyen aestimatae oder inaestimatae; im Uebrigen aber den Eheweibern, wenn ihre Dos nicht mehr in Natur vorhanden war, nur ein privilegium exigendi unter den Personalgläubigern des Mannes zustand, so erweiterte nachher Justinian das Sicherheitsrecht der Eheweiber in der *L. un. §. 1. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa* (vom Jahre 530) noch mehr dahin, daß er, statt des privilegium exigendi, welches mit der alten rei uxoriae actio verbunden war, der neuen actio ex stipulatu ein generelles Pfandrecht beylegte.

Dennoch ward der Kaiser noch immer von den Eheweibern mit Klagen bestürmt, daß sie wegen ihrer dotes noch nicht hinlänglich gesichert wären; indem sich die ältern Pfandgläubiger an das Vermögen ihrer Männer hielten, und hierdurch ihr Heyrathsgut häufig verloren ginge.

Um dieses beständigen Andringens und Wehklagens der Weiber überhoben zu seyn, fand sich nun Justinian bewogen, in der *L.* 12. *Cod. Qui potior in pign.* (vom Jahr 531) mit dem generellen Pfandrecht, welches er der neuen actio ex stipulatu beygelegt hatte, noch ein besonders Vorzugsrecht zu verbinden, so daß sie dasselbe auch an dem eignen Vermögen des Mannes gegen alle Gläubiger desselben, wenn sie auch eine ältere Hypothek hätten, eben so sollten geltend machen können, wie sie nach der angeführten *L.* 30. *Cod. de iure dot.* ein solches Recht in Ansehung ihrer eignen Dotalsachen, welche noch in Natur vorhanden wären, gegen die Besitzer derselben verfolgen könnten. Dieß alles, mit Beziehung auf seine beyden früheren Constitutionen, hier in Eins zusammenfassend, führt Justinian zu seiner Rechtfertigung an, 1) daß auch die alte rei uxoriae actio mit einem solchen Privilegium verbunden gewesen wäre, welches der Frau den Vorzug vor allen persönlichen Klagen gegeben habe; warum sollte also bey der hypotheca tacita, die der neuen actio ex stipulatu beygelegt ist, der Frau ein solches Privilegium nicht ebenfalls gegen ältere hypothekarische Gläubiger ihres Ehemannes zustehen, wenn die zur dos gegebenen Sachen nicht mehr vorhanden, sondern verschleudert oder consumirt worden sind? 2) Nimmt der Kaiser auch noch einen Grund von dem persönlichen Verhältniß der Weiber her, welches billig eine solche Begünstigung verdiene[74]), wie

74) Quis enim earum non misereatur, sagt er, propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro qua multa nostris legibus inventa sunt privilegia? *L.* 12. §. 1. *C. Qui potior. in pign.*

dieſes Alles aus den ſchon oben angeführten Worten der L. 12. mit Mehrerem erhellet. Und ſo habe Er denn hiermit das zur Vollkommenheit gebracht, wovon das Alterthum blos den Anfang gemacht hatte. Da Juſtinian vorher von dem Kindergebähren der Weiber und der damit verbundenen Gefahr, als einem billigen Rechtfertigungsgrunde ſeiner Conſtitution geſprochen hatte; ſo fügt er, um aller Mißdeutung vorzubeugen, noch hinzu, daß jedoch den Weibern das ihnen ertheilte privilegium dotis nicht blos um der Kinder willen zuſtehen ſolle. Nein, dieſes Privilegium verleihe er den Weibern, ſie mögen Kinder gebohren haben, oder nicht, oder auch die gebohrnen Kinder wieder verloren haben. Nun folgen die Worte:

„Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, *quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel eius creditores:* in praesenti autem *similem praerogativam* SERVAMUS, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: SED SIC MANEAT EIS IUS INCORRUPTUM, *quasi adhuc* VIVENTE MATRE EORUM. Duabus enim dotibus, ab eadem substantia debitis, *ex tempore praerogativam manere* volumus.“

In dieſen Worten wird nun zwar eine Ausnahme in Anſehung der Kinder gemacht, wenn ſie mit der zweyten Ehefrau ihres Vaters bey der Zurückforderung ihrer mütterlichen dos in Colliſion kommen, aber keinesweges iſt das ſo gemeint, als ob ihnen ſonſt das privilegium dotis gegen andere Gläubiger ihres Vaters gar nicht zuſtehen ſolle. Denn davon war gar keine Frage, und konnte auch die Frage gar nicht ſeyn; ſondern Juſtinian

ſagt, ſchon in einer frühern Verordnung habe er zwar den Kindern pro dote matris suae eine ſtillſchweigende Hypothek an dem Vermögen ihres Vaters in dem Falle gegeben, da ihr Vater dieſes mütterliche Vermögen der Kinder während der väterlichen Gewalt benutzt und verwaltet [75]); aber nun ſollten ſie auch, vermöge dieſer neuern Conſtitution, wegen ihrer mütterlichen dos das nämliche Vorzugsrecht haben, welches ihre Mutter gehabt hätte, wenn ſie ſelbſt noch lebte, und dieſes Privilegium ſollte nun den Kindern unverletzt auch in dem Falle verbleiben, da ſie mit der Stifmutter wegen der Zurückforderung des Heyrathsguts ihrer Mutter concurrirten. Sie ſollten alſo unter den ältern hypothekariſchen Gläubigern ihres Vaters gegen ihre Stiefmutter, welche mit ihnen zugleich ihr Heyrathsgut zurückfordert, eine Ausnahme von der Regel machen, nach welcher ſonſt die Hypothek, welche den Eheweibern wegen ihrer Dos gegeben iſt, gegen alle Gläubiger des Ehemannes geltend gemacht werden kann, wenn ſie auch eine ältere Hypothek haben. Den Kindern ſollte hier das nämliche Vorzugsrecht, was ihre Mutter ſelbſt gehabt hätte, darum zuſtehen, damit nicht durch das Privilegium, welches der zweyten Frau gegeben worden, das der erſten Frau zuſtehende vereitelt werde. Hier ſollte alſo, wo zwey dotes zuſammenträfen, das Alter d. h. Vorzug der Zeit entſcheiden. Die Worte: In praesenti autem similem

75) Es iſt die *L.* 8. §. 5. *Cod. de secund. nupt.* welche hier Juſtinian meint, vom J. 528. deren er auch in einer neuern Conſtitution, nämlich *L.* 6. §. 4. *Cod. de bonis quae liberis*, gedenkt. Man ſehe *Franc.* Raguelli Commentar. ad Constitutiones et Decision. Justiniani ad L. ult. Cod. qui potiores in pignore. pag. 687.

praerogativam SERVAMUS sc. liberis prioris matrimonii; ferner *sed sic maneat eis ius* INCORRUPTUM, *quasi adhuc* VIVENTE MATRE *eorum*, wollen demnach nicht soviel sagen, daß den Kindern der ersten Ehe das Privilegium der Dotalhypothek nur allein in dem Falle ausnahmsweise gestattet seyn sollte, da sie mit ihrer Stiefmutter das Heyrathsgut ihrer Mutter zurückfordern; sondern es solle ihnen dieses Vorzugsrecht auch gegen ihre Stiefmutter eben so unverletzt verbleiben, als wenn ihre Mutter selbst noch lebte.

Und so erklärt sich denn nun auch, wenn Justinian in der Novelle XCI. *Praefat.* sagt:

*Neque enim aliis,* sive *heredibus, sive creditoribus, sed* SOLIS LIBERIS *hoc privilegium dedimus et damus*;

besonders wenn man damit vergleicht, wie Julian, ein Zeitgenosse Justinians, in seiner Epitome Novellarum Const. 84. Nro. 332. sich hier ausgedrückt hat:

In summa enim dicimus, priori matrimonio hypothecarum privilegia validiora praestamus, *ubi ipsa mulier agit, vel* LIBERI *eius ex eo matrimonio nati, (liberorum* autem appellatione omnes descendentes personas complectimur) *quod non per innovationem a nobis introductum est, sed magis per interpretationem priorum constitutionum.*

Genau erwogen ist auch gar kein Grund abzusehen, warum den Kindern blos im Falle der Collision mit ihrer Stiefmutter, und nicht auch gegen andere Gläubiger ihres Vaters das privilegium dotis zustehen sollte, da hier ein solcher Zweifel gar nicht entstehen konnte, wie bey der

Stiefmutter. Allein sollte das nicht Grund genug seyn, daß in den beyden oben angeführten Stellen ausdrücklich gesagt wird, das Privilegium, welches der Dos beygelegt ist, solle nur dann Statt finden, *cum* IPSA MULIER *de dote experiatur*, cuius SOLIUS providentia hoc induximus, wie es im §. 29. *I. de actionibus* heißt, ja daß in der *Nov. LXI. Cap. 1. §. 4. in fin.* noch hinzugefügt wird:

*Aliis enim omnibus*, PRAETER MULIEREM, huiusmodi privilegia *neque ex antiquo dedimus*, neque nunc damus?

Ich will zugeben, daß in der Stelle der Institutionen das Wort *solius* auf mulier geht, ob es gleich Theophilus in seiner Paraphrase anders erklärt, wie an einem andern Orte dieses Commentars gezeigt worden ist, dennoch dünkt mir, daß man auf diese Stützen zuviel gebauet habe. In keiner dieser Stellen geschieht der Kinder auch nur mit einem Worte Erwähnung. Die Kinder haben also entweder das privilegium dotis unbedingt, oder sie haben es in keinem Falle. Das Letztere will man doch auch nicht behaupten, weil ja der Kinder sowohl in den älteren, als neueren Gesetzen ausdrücklich gedacht wird; also beweisen beyde Stellen, weil sie zuviel beweisen, gegen unsere Meinung eigentlich nichts. Sie beweisen vielmehr, daß es in den Gesetzen gar nichts Auffallendes ist, wenn von einem Privilegium oder von einer Rechtswohlthat gesagt wird, sie sey höchst persönlich, und gehe nicht auf die Erben über, und dennoch dieselbe den Kindern, als Erben, gestattet wird [76]).

76) Man vergleiche z. B. die *L. 12. L. 13. et L. 18. pr. D. h. t.*

Selbst das privilegium exigendi, dessen sich sonst die Ehefrau bey der Zurückforderung ihrer dos bediente, und nach dessen Beyspiel Justinian das privilegium hypothecae der dos beygelegt hat, war zwar auch nur ein höchst persönliches Privilegium, quod ad heredem non transibat, wie die Kaiser Sever und Antonin *L. un. C. de privilegio dotis* rescribirten. Allein Cujaz [77]) bemerkt, daß alle Ausleger, sowohl Griechen als Lateiner, diese Worte uno consensu von einem heres extraneus verstanden hätten, und zwar rectissime. Denn auf die Kinder, als Erben der Mutter, sey das privilegium allerdings übergegangen. Sapienti sat!

Außer der mit einer privilegirten Hypothek versehenen actio ex stipulatu gab aber Justinian der Frau zum Behuf der Zurückforderung ihrer dos auch noch die Reivindication in Ansehung derjenigen Dotalsachen, die noch in Natur vorhanden sind, welches sie, als Eigenthümerin, gegen jeden Besitzer derselben ausüben kann. Hier hatte sie kein Privilegium nöthig, und kein Besitzer kann sich deshalb gegen sie auf ein privilegium hypothecae berufen. Es soll auch diese Klage ohne Unterschied Statt finden, die Sachen seyen aestimatae oder inaestimatae. Diese Reivindication hat ihren Grund in der *L. 30. Cod. de iure dot.* wo Justinian Folgendes verordnet.

In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, *si tamen extant*, sive aestimatae, sive inaestimatae sint, *mulierem*

77) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. Cod. VII. 64. de privilegio dotis.

*in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam, iubemus: et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio.* Non enim, *quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri*, ideo *rei veritas deleta* vel *confusa est.* Volumus itaque eam *in rem actionem* in huiusmodi rebus *quasi propriis* habere, et *hypothecariam omnibus anteriorem* possidere: ut sive *ex naturali iure* eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive *secundum legum subtilitatem* ad mariti substantiam pervenisse videantur, per *utramque viam, sive* IN REM, *sive* HYPOTHECARIAM, *ei plenissime consulatur.*

Es leuchtet in die Augen, daß hier nicht von einer, sondern von zwey verschiedenen Klagen die Rede sey, deren sich die Frau bey der Vindication ihrer Dotalsachen, sofern dieselben noch in Natur vorhanden sind, bedienen kann, nämlich einer *actio in rem*, und einer *actio hypothecaria*. Die actio in rem kann also nicht die actio hypothecaria, sie kann folglich keine andere, als die Eigenthumsklage seyn. Dieß erscheint ganz offenbar aus der Rechtfertigung dieser Constitution. Denn es wird deducirt, daß die Frau nicht aufgehört habe, Eigenthümerin ihrer dos zu seyn, was sie ursprünglich gewesen ist, und der Grundsatz, daß der Mann das Eigenthum der dos bey Eingehung der Ehe erhalte, wird für eine Subtilität der Gesetze erklärt, wodurch die Wahrheit der Sache nicht vertilgt oder verdunkelt worden sey. Ich

habe die dagegen gemachten Einwendungen schon an einem andern Orte [78]) geprüft, hier will ich nur noch einen Beweis aus der *Nov. XCI.* hinzufügen, in deren Kap. 1. die Eigenthumsklage bey den Dotalsachen, welche noch in Natur vorhanden sind, namentlich bestätiget wird. Es heißt daselbst nach Hombergks Uebersetzung:

His igitur in controversiam deductis, illud in confesso et a nobis sancitum est, *si quid ex rebus prioris, vel secundae dotis appareat*, necesse esse, ut vel *liberi prioris*, vel secunda uxor id habeat, vel si illa quoque mortua sit, singuli eius liberi, in quantum quisque *suum esse* probaverit. *Hic enim actio* IN REM vel DE DOMINIO *pure competit, et unusquisque* SUUM *habere debet, quod* NULLO PRIVILEGIO *indiget.*

Man verbinde damit noch Julians *Epitome*, wo er den Inhalt dieser Novelle folgendermaßen darstellt.

78) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1234. S. 143. ff. Man vergleiche noch Cujacius Recitatt. solemn. in Tit. Cod. de iure dotium. Dieser stellt sich die Sache so vor. Vermöge dieser Constitution, sagt er: *liberum est mulieri, vel eas res dotales vindicare, quasi suas, nam et ipsa intelligitur esse earum domina, vel etiam eas persequi actione hypothecaria, quasi res mariti, non suas; nam et maritus intelligitur earum rerum dominus. — Ergo ex eo intelligitur, nihil impedire, quin eandem rem mihi liberum sit persequi, ut meam, vel ut alienam, sicut rem legatam licet persequi, vel actione in rem, vel actione in personam vel vindicatione vel condictione.* Man sehe auch *Henr.* Brenkman de Eurematicis. Diatrib. Cap. V. nr. III. pag. 78. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 690. und Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 271.

Quaeritur, *utrum liberi prioris uxoris dotem matris suae prius recipere debeant, an magis secunda uxor in dote sua validiora iura praetenderit?* et ita distinguimus, ut *siquidem res dotales extant*, sive prioris, sive posterioris sint, *omnimodo eas* DOMINUS *vindicare potest*: sin autem vel consumtae sunt, vel deminatae, *praeferantur secundae mulieri liberi ex priore matrimonio nati, vel etiam ipsa prima uxor*, si forte repudio primae nuptiae solutae sint. Idem dicimus, *si liberi secundae mulieris cum priore uxore vel liberis eius litigent.*

Hier werden nun auch die beyden Klagen, die Eigenthumsklage, wenn die Dotalsachen noch in Natur vorhanden sind, und die hypothekarische Klage, wenn die Sachen consumirt sind, unterschieden [79]). Nur in dem letztern Falle soll die dos der ersten Frau, dem Heyrathsgute der zweyten Frau vorgehen. Wem sollte aber hierbey nicht auffallen, was von den Kindern der zweyten Ehe gesagt wird? Wie könnte es diesen wohl einfallen, mit der ersten Frau ihres Vaters oder deren Kindern um den Vorzug der Dotalhypothek zu streiten, wenn den Kindern nicht auch, als Erben ihrer Mutter, das Privilegium der dos zustände?

Wegen des gesetzlichen Pfandrechts an dem Vermögen des Mannes wird der Frau endlich auch das Retentionsrecht eingeräumt, bis sie wegen ihres Heyraths-

79) Von den Vorzügen der Reivindication vor der hypothekarischen Klage handelt vorzüglich *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 7. §. 32. (Vol. VIII. pag. 235. edit. *Bucher*).

guts befriediget ist [80]). In der Praxis hat dieß auch wohl keinen Zweifel [81]). Allein in der Theorie wird es sehr bestritten [82]). Man gründet dasselbe insgemein auf die *L.* 29. *C. de iure dot.* Hier verordnet Justinian.

Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, et mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, et ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere, *non tantum mariti res ei tenenti, et super his ad iudicium vocatae, exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem praestamus:* sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium, super iisdem hypothecis aliquam actionem *secundum legum distinctionem* [83]) moveat, non obesse ei matrimo-

80) Thibaut System des Pandectenrechts 1. B. §. 458. und Schweppe römisches Privatrecht §. 683.

81) S. *Matth. Benon.* Hering Diss. de retentione in securitatem dotis permissa. *Rostochii* 1745. 4. *Ant.* Fabri Cod. definit. for. Lib. V. Tit. 7. Def. 10. et 11.

82) Man vergleiche *Hub.* Giphanii Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un. §. Igitur in sequenti. Cod. de rei uxor. act. Verb. *Huc et ea quaestio.* pag. 420. seq. G. C. F. Lind über das Retentionsrecht der Ehefrauen wegen ihres Eingebrachten in den Concursen ihrer Männer. Rostok 1812. und Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 271. pag. 133.

83) Giphanius in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. l. L. 29. de iure dot. pag. 404. hält die Worte: *secundum Legum distinctionem* für ein Emblem von Tribonian, welche derselbe wegen der *L.* 12. *C. Qui po-*

nium adhuc constitutum sanximus, sed ita eam posse easdem res vindicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat.

Justinian zeigt hier der Frau die Mittel an, ihre dos, die donatio propter nuptias und ihr übriges Paraphernal-Vermögen zu sichern, und schon während der Ehe zu erhalten, wenn ihr Mann in Vermögens-Verfall kommt. Es ist hier zwar schon von einer Hypothek, aber nur noch von einer ausdrücklichen oder Convenzional-Hypothek die Rede, welche der Frau zur Sicherheit ihres Heyrathsguts auf dem Vermögen des Mannes bestellt worden war, wie die Worte: res sibi suppositas pro dote anzeigen. Denn damals (im Jahre 528.) war der actio de dote noch keine hypotheca tacita beygelegt. Daher wird auch hier der Frau nur insofern ein

*tiores in pignor.* eingeschaltet habe. Auch der griechische Scholiast Thalelaeus in Basilio. Tom. IV, pag. 655. Schol. h. bezieht diese Worte auf den in der angeführten *L.* 12. *C.* enthaltenen Unterschied zwischen dos und donatio propter nuptias: *εἰ μὲν γὰρ περὶ τῆς προικὸς ἐνάγει, προτιμᾶται τῶν ἀρχαιοτέρων καὶ τῶν μεταγενεστέρων δανειστῶν. ἐὰν δὲ περὶ τῆς προγαμιαίας, δωρεᾶς, οὐκέτι ἀντῶν προτιμᾶται, ὡς ἐυρήσομεν ἐν τῇ τελευταίᾳ διατ. τοῦ ἐξ. τιτλ. τοῦ ἡ. βιβ.* i. e. *Nam si quidem de* DOTE *agat, praefertur antiquioribus et posterioribus creditoribus. Sin autem agat de* DONATIONE ANTE NUPTIAS, *eis non praefertur; ut inveniemus in ultima constitutione* 17. *Tit. Lib.* 8.

Vorzugsrecht vor andern hypothekarischen Gläubigern des Mannes zugesprochen, als ihre Hypothek älter war [84]). In Rücksicht dieser Hypothek wird nun der Frau zu ihrer Sicherheit nicht nur das Rechtsmittel einer Exception gestattet, wenn sie sich im Besitz der ihr verpfändeten Sachen befindet, womit sie die ihr nachgehenden hypothekarischen Gläubiger zurückweisen kann; sondern sie soll sich auch der hypothekarischen Klage bedienen können. Daß die Ehe noch nicht getrennt ist, soll ihr nicht im Wege stehen. Sie kann sich dieser Rechtsmittel auch während der Ehe so gut, als nach getrennter Ehe bedienen. Hiermit ist also das Retentionsrecht der Frau auch nach getrennter Ehe gegen die ihr nachgehenden Gläubiger des Mannes eingeräumt. Es wird aber freylich vorausgesetzt, daß sie die Detention auf keine fehlerhafte Art erlangt habe [85]). Denn eine solche Besitzergreifung gestatten ihr die Gesetze auch nicht einmal in Ansehung ihrer eigenen Dotalsachen [86]). Dieses Retentionsrecht wird der Frau

84) S. Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 11. Lib. V. Cod de iure dotium. Verb. *Ergo ante eam constitutionem* etc. und Wissenbach Comment. in Cod. ad L. 29. de iure dot.

85) S. *Ant.* Fabri Cod. Definition. forens. Lib. V. Tit. 8. Def. 10. et Tit. 13. Def. 4. et 10. Es ist dieß überhaupt ein allgemeines Erforderniß des Retentionsrechts, ut talis sit possessio, quam iusta ex causa quaesiverimus. S. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. I. §. 147.

86) *L. 9. Cod. Solato matrimon.* Impp. Diocletr. et Maxim. Dotis actione successores mariti super eo, quod ei dotis nomine fuerat datum, convenire debes. *Ingrediendi enim possessionem rerum dotalium, heredibus mariti non consentientibus, sine auctoritate compe-*

nicht nur gegen die Gläubiger des Mannes, sondern auch gegen desselben Erben gestattet, wenn sie auch die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten haben [87]). In der Praxis ist diese Retention auch sogar mit dem Unterhalt aus dem Nachlaß verknüpft [88]). Daß die Praxis hierin zu weit geht, hat wohl keinen Zweifel. Inzwischen können dieß selbst diejenigen nicht läugnen, welche der Frau in der Theorie das Retentionsrecht absprechen [89]). Die Gründe, aus welchen besonders Giphan das Retentionsrecht der Weiber in der Theorie bestritten hat, sind des Namens eines Giphanius unwürdig, und entsprechen der bittern Aeußerung nicht, wenn er sagt: Est haec

tentis iudicis, nullam habet facultatem. Dat. Sirmii 294. Man vergleiche noch die *L.* 1. *C. Ne pro dote mulieri bona quondam mariti addicant.* V. 22.

87) S. *Ant.* Fabri Cod. definit. for. Lib. V. Tit. VII. Def. 36. Den Gesetzen scheint jedoch diese Meinung nicht gemäß zu seyn. Denn die *L.* 29. *C. de iure dot.* giebt der Frau das Retentionsrecht nur gegen die ihr nachgehenden Gläubiger des Mannes. Die *L.* 9. *Cod. Soluto matrim.* aber gestattet ihr gegen die Erben des Mannes nur die actio de dote. Daher verwirft auch diese Meinung *Ferdinand Matute de* Azevedo Disquisitionum legalium forens. iudicior. Semicentur. (*Panormi* 1653. f.) Disquisit. XLVIII. nr. 12 — 16. pag. 312. seq.

88) S. Struv Us. mod. Pand. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 17. *G. N.* Ittig Diss. de vidua, usque dum ipsi satisfiat, ex mariti bonis sustentanda. *Viteb.* 1748. und Westphals Rechts Gutachten und Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 1. Band, S. 135. Lib. XXIV. Tit. 3. §. 1.

89) Giphan l. c. pag 421. sagt: Et tamen hodie in foro viduis non tantum retentio, sed etiam alimenta dicuntur deberi, quod non minus est absurdum.

opinio *Baldi* (ille namque auctor eius dicitur ad *L. pen. C. de pignorat. act.* teste et *Jasone*) ab omni et iure et ratione aliena est. Justinian hat zwar das Retentionsrecht, welches ehemals bey der rei uxoriae actio dem Manne zustand, §. Taceat aufgehoben, aber nicht das Retentionsrecht der Frau, von welchem die *L. 29. C. de iure dot.* spricht. Daß ein Retentionsrecht nur dem Inhaber der Sache zusteht, ist freylich gewiß, es wird ja aber auch vorausgesetzt, daß die Frau den Besitz der Güter ihres Mannes aus rechtmäßiger Ursach erlangt habe [90]). Falsch aber ist es, daß die Retention da wegfalle, wo eine Klage Statt findet. Die Gesetze sagen das Gegentheil [91]). Ulpian [92]) macht es sogar zur Rechtsregel: Cui damus *actiones*, eidem et *exceptionem* competere, multo magis quis dixerit. Endlich soll in toto iure kein Gesetz seyn, welches der Frau das Retentionsrecht giebt. Allein die *L. 29. C. de iure dot.* enthält, meiner Einsicht nach, kein ius commentitium.

## §. 1274.

### Wer fordert das Heyrathsgut zurück?

Um hiernächst die Personen zu bezeichnen, welche den Brautschatz zurückzufordern berechtiget sind; so lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

90) Mehrere bewährte Rechtsgelehrte behaupten sogar, daß es bey Ausübung des Retentionsrechts nicht einmal auf rechtmäßigen Erwerb des Besitzes ankomme. S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. B. §. 169. Man sehe auch *L. 9. Cod. de bonis proscriptorum.* IX. 49.

91) S. *L. 1. pr. D. de pignor.*

92) *L. 156. §. 1. D. de divers. reg. iur.*

Das Zurückforderungsrecht der dos gründet sich entweder auf einen Vertrag, oder auf die Verordnung der Gesetze [93]). Im ersten Falle kann jeder das Heyrathsgut zurückfordern, der es bestellt, und sich bey der Bestellung den Rückfall der dos ausbedungen hat. Dieß kann der Vater, oder ein Extraneus, d. h. ein solcher seyn, der die Frau, für welche er das Heyrathsgut gegeben, nicht in seiner Gewalt hat, z. B. die Mutter, oder der mütterliche Großvater, oder ein Dritter [94]). Es kann aber auch bey der Bestellung der dos durch Vertrag festgesetzt werden, daß nach getrennter Ehe das Heyrathsgut nicht dem Besteller, sondern einem Dritten restituirt werden solle.

Nach der Subtilität des Röm. Rechts ist eigentlich ein solcher Vertrag in Ansehung des Nichtpaciscenten ungültig, wegen der bekannten Rechtsregel: neminem per alium acquirere posse obligationem [95]). In den Gesetzen des römischen Rechts ist dieses auch in Beziehung auf die dos ganz klar verordnet, wie die *L.* 26. *Cod. de iure dotium* beweist, wo die Kaiser Diocletian und Maximian reſcribiren.

Si genero dotem dando pro filia pater communis *eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus*

93) Man vergleiche Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 6. (Vol. VIII. pag. 197. sqq. edit. *Bucher.*) Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 270. und Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 42.

94) *L. un.* §. 13. *C. de R. V. A.* S. Donellus c. l. §. 3. pag. 198.

95) §. 19. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 11. *D. de obligat. et act.* S. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 17. und den 4. Th. dieses Commentars. §. 343.

est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure, quaerere potuit actionem [96].

Eine Ausnahme macht jedoch das Römische Recht in dem Falle, wenn ein Ascendent für seine Descendentin eine dos constituirt, und bey Bestellung derselben die Rückgabe seiner Descendentin, oder deren Kindern, oder seinen übrigen Kindern stipulirt, in welchen Falle diese zwar keine directe Klage, aber der Billigkeit wegen eine actio utilis erhalten [97], wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

*L. 23. D. de pactis dotalibus.* Africanus *libro VII. Quaestionum.* Pater, cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, *ut mortua filia, uno pluribusve liberis superstitibus, deducta parte tertia, reliqua dos sibi, aut post mortem suam illi aut illis filiis* [98], *quos in potestate habebat, red-*

96) Man vergleiche auch die *L.* 19. *C. eodem. L.* 4. *Cod. de pactis convent.* in Verbindung mit den *Basilic. Tom. IV. Lib. XXIX. Tit.* 5. *Const.* 34. pag. 695. und *L.* 59. §. *ult. D. ad SCtum Trebell.* und über sämmtliche Stellen *Ger.* Noodt de pactis et transactionib. Cap. 25. *Opp.* Tom. I. pag. 551. sqq. und was besonders die corrupte Lesart der *L.* 4. *C.* cit. anbetrifft, Desselben Observationes Lib. II. cap. 23.

97) S. Mühlenbruch's Lehre von der Cession der Forderungsrechte. §. 10. S. 67.

98) So lesen, statt *illi aut illi filiis*, wie die florentinische Ausgabe hat, richtiger Haloander und die meisten Ausgaben und Handschriften. S. Brenkmanns Note in der Gebauerischen Ausgabe. Ueber die L. 23. sind übrigens zu vergleichen *Jac.* Cujacius ad Africanum Tract. VII. h. L. *Ant.* Schulting Notae ad Digesta

*datur*; deinde haec ita fieri stipulatus est. Pos mortem eius mulier in matrimonio decesserat re lictis filiis. Quaesitum est, an ex stipulation duas partes illi petere possint? Respondi, posse etenim vim eius stipulationis hanc esse, ut si i matrimonio mortua esset, dos patri redderetur et perinde habendum, ac si talis stipulatio inter posita fuisset: *Si navis ex Asia venerit, mihi, au post mortem meam Lucio Titio dari spondes?* nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, he redi deberi.

*L. 45. D. h. t.* Paulus *lib. VI. Quaestion* Gaius Sejus avus maternus Sejae nepti, quae era in patris potestate; certam pecuniae quantitaten dotis nomine Lucio Titio marito dedit, et instru mento dotali huiusmodi pactum et stipulationen complexus est: *Si inter Lucium Titium maritun et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset dos omnis Sejae uxori, vel Gajo Sejo avo materno redderetur, restitueretur que.* Quaero, cum Seju avus maternus statim vita defunctus sit, et Seja postea sine culpa sua divorterit, vivo patre suo in cuius potestate est, an, et cui actio ex hoc pacto et [99]) stipulatione competat: et utrum heredi

seu Pandect. a *Nic.* Smallenburg edit. Tom. IV pag. 271. sq. und Voorda Thes. controversar. Dec. VI §. 7. et 8.

99) Die Lesart ex bey Haloander, Baudoza, Merli nus u. a. ist wohl unstreitig der florentinischen, welche ex hat, vorzuziehen, welche auch Brenkman in der Gebauer. Ausgabe billiget.

avi materni ex stipulatu, an nepti? Respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam: quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Sejae posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset: *sed permittendum est nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur*, UTILEM ACTIONEM [100]): *favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum*, ad hoc decurrendum est.

100) Die hier erscheinende Wortfügung ist zwar ungewöhnlich, aber doch dem Style der römischen Juristen nicht ganz fremd, wie aus *L. ult.* §. 1. *D. de Senatoribus*, und *L.* 19. *in fin. D. de novation.* erhellet. Gleichwohl hält *Ant.* FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. XIII. Cap. 5. pag. 414. diese Stelle für interpolirt, und ihm giebt auch BACHOV. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. XXVII. Th. 2. Lit. C. nicht Unrecht. Ja JENSIUS in Strictur. ad Pand. in Demonstrat. Art. V. pag. 9. glaubt hier ein Argument mehr für seine Behauptung zu finden, daß unser Pandecten eine schlechte lateinische Uebersetzung aus dem Griechischen wären. Wir finden aber auch verschiedene Lesarten in den Ausgaben der Pandecten. Haloander, Miräus, und Duaren lesen: sed *et permittendum esse*. Baudoza Cestius, und Wilh. Merlinus hingegen haben: sed *et* permittendum est nepti, utilem actionem *habere*. Mit Recht vertheidigt jedoch die florentinische Lesart *Ger.* NOODT de Pactis et Transactionib. Cap. 25. (*Opp.* Tom. I. pag. 554.)

Der mütterliche Großvater hatte hier bey der Bestellung der dos für seine Enkelin stipulirt, daß wenn die Ehe durch Divortium, und zwar ohne Verschulden der Frau, getrennt werden sollte, die dos seiner Enkelin oder ihm zurückgegeben werden solle. Der Fall trat ein, nachdem der mütterliche Großvater schon vorher gestorben war. Und nun entstand die Frage, ob der Erbe des Großvaters, oder die Enkelin aus der Stipulation klagen könne? Wäre die Enkelin blos als adjecta solutionis gratia anzusehen, so hätte derselben die dos zwar gültig, und mit der Wirkung ausgeliefert werden können, daß der Mann dadurch von seiner Verbindlichkeit frey geworden wäre; allein da die Stipulation in Ansehung derselben ungültig war, so konnte die actio ex stipulatu nach dem strengen Recht nicht der Enkelin, sondern blos dem Erben des Großvaters zustehen. Denn dieß ist die Wirkung einer adjectio solutionis gratia bey Stipulationen, daß nicht der Dritte, sondern nur der Stipulator hierdurch ein Forderungsrecht erwirbt, der Schuldner aber durch die dem Dritten geleistete Zahlung, wozu er jedoch nicht gezwungen werden kann, von seiner Verbindlichkeit frey wird [1]). Paulus entscheidet indessen für die Enkelin, und giebt ihr aus Gründen der Billigkeit eine actio utilis. Die Gründe sind favor nuptiarum, ne commodo dotis defraudetur mulier, und personarum affectio. Allein der letzte Grund, soviel Gewicht ihm auch Paulus beylegt, würde diese Abweichung

1) §. 4. *I. de inutil. stipulat.* L. 56. §. 2. *L.* 141. §. 3. *et* 5. *D. de Verbor. obligat.* *L.* 10. *L.* 95. §. 5. *L.* 98. §. 4. *et sqq. D. de solut.* G. *Greg.* Majansii Disp. de Adjecto solutionis gratia; (in *Disputation. iuris civ.* Tom. I. Disp. VIII. pag. 142. sqq.)

von der Strenge des Rechts noch nicht gerechtfertiget haben, sondern dieser Grund deutet nur dahin, es sey der Wille des Großvaters, daß seiner Enkelin die dos nach erfolgter Scheidung nicht blos restituirt werden solle, als wäre sie nur eine adjecta solutionis gratia, sondern das Heyrathsgut solle ihr geschenkt seyn. Wenn also sonst der adjectus nur als ein Mandatar des Stipulators angesehen wird, und deswegen mit der actio mandati belangt werden kann [2]); so soll hier die Enkelin das Heyrathsgut behalten, was ihr restituirt worden ist. Die Enkelin ist also hier nicht blos solutionis gratia adjecta, sondern, wie Julian [3]) in einem ähnlichen Falle sagt, *donationis causa* interposita. Diesen Willen des Großvaters läßt die besondere Liebe und Zuneigung desselben zu seiner Enkelin vermuthen. Aber auch dieser vermuthete Wille würde der Enkelin noch kein Forderungsrecht gegeben haben. Es mußte also noch ein anderer Grund zu Hülfe genommen werden. Diesen setzt nun Paulus in der Begünstigung der Ehe, nämlich der zweyten Ehe, zu welcher nun nach aufgehobener ersten Ehe die Enkelin wieder schreiten kann, und wozu ihr die dos dienen soll [4]). Eine actio directa der Enkelin zu gestatten, erlaubte indessen die Subtilität des Rechts auf

2) §. 4. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 131. §. 1. *D. de Verb. obligat.*

3) *L.* 131. §. 1. *D. de Verbor. obligat.* S. Cujacius in Commentar. ad Lib. VI. Quaest. Pauli ad Leg. 45. D. h. t. (*Opp.* Tom. II.) und Majansius cit. Dissert. §. 29. pag. 162. Das Gegentheil wird in *Bern.* Otto Commentat. ad L. 45. D. Soluto matrim. (*Goettingae.*) §. 7. zu behaupten gesucht.

4) *L.* 1. *D. de iure dot.* *L.* 1. *D. Soluto matrim.*

keine Weise. Die Billigkeit konnte nur eine actio utilis rechtfertigen. Eben dieses bestätiget auch ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian.

*L. 7. Cod. de pactis conventis, tam super dote etc.* — Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta nepotibus [5]) pactus restitui: *licet his actionem quaerere non potuit, tamen* UTILIS *eis ex aequitate accommodabitur* ACTIO [6]).

Hat also ein Anderer, der kein Ascendent der Frau ist, ein extraneus, die dos gegeben, so kann er nur sich selbst, nicht aber einem Dritten die Rückgabe des Heyrathsguts ausbedingen. Justinian giebt dieses selbst in der *L. un. §. 13. Cod. de rei ux. act.* nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: Sed si non specialiter *extraneus* dotem dando *in suam personam* dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat. Auch gilt der Vertrag, nach welchem der Mann die dos nach getrennter Ehe behalten soll, nur insofern, als dieselbe gesetzlich

5) Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 710. Sch. b. versteht hier nepotes *ex alio filio*, vel *ex filia ex alio priore marito.*

6) *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. Cap. 19. pag. 748. hält auch dieses Gesetz für interpolirt. Er sagt, die stipulatio post mortem sey unter Diocletian und Maximian noch nicht gültig gewesen §. 13. *I. de inutil. stipulat.* Tribonian habe hier das neuere Recht aus der *L. 11. C. de contrah. et committ. stipulat.* mit eingemischt. Auch schon die ganze Wortfügung verrathe Tribonians Styl.

nicht an die Frau, sondern an Jemand Andern zurückfallen würde. Es ist dann auch kein Unterschied, ob die dos vom Vater, oder der Frau, oder einem extraneus bestellt worden ist, wenn nur die Frau vor dem Manne stirbt [7]). Denn stirbt der Mann vor der Frau, so ist das Pactum ungültig, damit die Frau nicht ohne dos sey [8]). Aus diesem Grunde ist auch der Vertrag, wodurch ein Dritter sich den Rückfall des Heyrathsguts bey dessen Bestellung ausbedungen hat, anders nicht von Wirkung, als wenn er die Frau überlebt hat [9]). Auf keinen Fall aber braucht sich der Mann, als Schuldner der dos, von der Frau oder deren Vater, je nachdem von jener

7) *L.* 12. *pr. L.* 26. §. 2. *D. de pactis dotal. L.* 48. *D. Soluto matrim. L.* 1. §. 1. *D. de dote praelegata.* XXXIV. 4. *L.* 6. *Cod. de pactis conventis tam super dote.* S. *Franc.* Duarenus ad L. 2. pr. D. Soluto matrim. (*Opp.* pag. 257.)

8) *L.* 2. *D. de pact. dot.* Ulpianus *lib. XIX. ad Sabinum.* Si convenerit, *ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud virum remaneret,* Papinianus Iuniano Praetori respondit, morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere: et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit. — *L.* 3. *C. de pactis convent. tam super dote.* Imp. Gordianus. Quamvis pater tuus, cum te nuptui collocaret, pactus sit, *ut si maritus tuus superstitibus filiis communibus in matrimonio decessisset, pars dotis liberorum nomine retineatur:* eiusmodi tamen conventio, quominus actionem integrae dotis habeat, proficere non potest.

9) *L.* 16. *D. de rebus dubiis.* S. *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 5. Not. 18. in Iurispr. vet. Anteiust. pag. 582.

oder von diesem das Heyrathsgut gegeben worden, einem dritten Gläubiger wider seinen Willen delegiren zu lassen, wenn ihm dieses nachtheilig ist; sondern er giebt das Heyrathsgut nach getrennter Ehe dem zurück, dem er es nach den Gesetzen zu restituiren schuldig ist [10]).

Abgesehen von besondern Verträgen, so ist in Ansehung des Zurückforderungsrechts nach den Gesetzen ein Unterschied zu machen, ob die dos eine profectitia oder adventitia sey.

I. Ist die Brautgabe eine dos profectitia, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

A. Der Vater, der das Heyrathsgut für die Tochter gegeben hat, war zur Zeit der Trennung der Ehe nicht mehr am Leben. Hier fällt die dos profectitia an die Frau, wenn sie noch lebt, oder an deren Erben, nicht an die Erben des Vaters. Auch hat der Mann keinen Anspruch darauf [11]).

B. Die Tochter ist vor dem Vater in der Ehe gestorben. Hier fordert der Vater das Heyrathsgut zurück, nicht als Erbe der Tochter, sondern vermöge eines besondern Rechts, welches daher eintritt, er mag sich den Rückfall vorbehalten haben, oder nicht. Denn Justinian nimmt auch beym Vater eine stipulatio tacita an [12]). Die Hauptstelle ist hier die *L.* 6. *D. de iure dotium*, wo Pomponius, aus dessen

10) *L.* 2. *pr. et* §. 2. *D. h. t.* S. Duarenus ad h. L. (*Opp.* p. 257.) und Schulting e. l. not. 22. pag. 583.

11) *L. un.* §. 4. 6. *et* 11. *Cod. de rei uxor. act.* S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 6. §. 9. (Volum. VIII. pag. 202. edit. *Bucher.*)

12) *L. un.* §. 13. *in fin. Cod. de rei ux. act.*

*libro XIV. ad Sabinum* dieſes Fragment genommen iſt, ſagt:

Iure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta: ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.

Ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt geweſen, oder nicht, macht keinen Unterſchied. Zwar reſcribirt der Kaiſer Alexander in der *L. 4. Cod. Soluto matrimon.*

Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier *filiafamilias*, ad patrem redire debet.

Allein es war wohl nur ein zufälliger Umſtand, daß in dem dem Kaiſer vorgelegten Falle die Frau noch in der väterlichen Gewalt war. Daß aber deswegen dieſe Verordnung nicht blos auf den Fall zu beſchränken ſey, da die verſtorbene Tochter noch in der väterlichen-Gewalt war, erhellet aus vielen andern Geſetzſtellen, wo der filia emancipata ausdrücklich Erwähnung geſchieht. Dahin gehören folgende:

*L. 6. D. de divortiis.* Ulpianus *lib. XXXIV. ad Edictum.* Si *filia* EMANCIPATA idcirco diverterat, ut maritum lucro dotis adficiat, patrem fraudet, *qui* PROFECTITIAM DOTEM *potuit petere, si constante matrimonio decessisset*, et ideo [13]) patri

13) Haloander hat das *et* nicht, und der ganze Zuſammenhang der Worte zeigt, daß es weggeſtrichen werden müſſe. Brenkman bemerkt richtig, daß das Erſcheinen dieſes *et* einer unrichtigen Wiederholung der letzten Buchſtaben des vorhergehenden Worts decessisset zu-

succúrrendum est, ne dotem perdat; non enim minus patri, quam marito succurrere Praetorem oportet: *danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.*

*L.* 10. *pr. D. Soluto matrimon.* Pomponius *libro XV. ad Sabinum.* Si ab hostibus capta filia, quae nupta erat, et *dotem a patre profectam* habebat, ibi decesserit: puto dicendum, perinde observanda omnia, ac si nupta decessisset: *ut, etiam si in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.*

*L.* 59. *D. eodem.* Julianus *libro II. ad Urseium Ferocem.* Filiae meae emancipatae et aegrae vir in hoc repudium misit, ut mortua ea *dotem* [14]) potius heredibus eius, quam mihi redderet [15]). Sabinus dicebat, utile mihi eius dotis

zuſchreiben ſey. Man ſehe auch *Ant.* Schulting Notae ad Digesta seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 329. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 7. Const. 12. pag. 329. haben bloß: βοηθειται ὁ πατὴρ, καὶ ὄντως ἀπαιτεῖ τὴν προῖκα ὡσανεὶ ἐν τῷ γάμῳ ἡ παῖς ἐτελεύτησεν. i. e. *patri succurritur, et perinde dotem exigit, ac si filia in matrimonio decessisset.*

14) *Dotem?* ohnſtreitig keine andere, als profectitiam. S. Schulting Notae ad Dig. a *Smallenburg* edit. Tom. IV. ad h. L. pag. 351. und Voorda Thes. controversar. Dec. XI. §. 4.

15) Dieſe Worte beweiſen deutlich, daß die dos profectitia nach dem Tode der Tochter an den Vater zurückkehrte, auch wenn ſie emancipirt war. S. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. not. i.

reciperandae iudicium dandum esse [16]). Gaius [17]) idem.

Ein sehr viel beweisendes Gesetz ist auch noch die *L.* 71. *D. de eviction.* welche ich aber schon bey einer andern Gelegenheit erklärt habe [18]). Es wird daselbst gesagt, bey der emancipirten Tochter, für welche der Vater die Brautgabe bestellt hat, gebe es nur einen Fall, wo die dos an den Vater zurückfällt. Daß dieses kein anderer sey, als wenn die Tochter während der Ehe stirbt, habe ich schon am angeführten Orte gezeigt, und eben dieses haben auch Cujaz [19]) und Pothier [20]) schon längst

16) S. Bachov advers. *Ant. Fabrum* Dec. XCIX. Err. 8. nr. 7.

17) Unter diesem Gaius, ist nicht *Titus Gajus*, sondern *Gaius Cassius Longinus* zu verstehen. Denn jener Gaius lebte erst nach Julian. Er machte sich wenigstens erst gegen das Ende der Regierung des Divus Pius durch Schriften bekannt. Von dem *Gaius Cassius Longinus* aber weiß man, daß er in den Pandecten häufig blos mit dem Vornahmen *Gaius* citirt wird. Man sehe z. B. *L.* 54. *D. de condit. et demonstrat. L.* 78. *D. de solution.* und besonders *Guil. Ant. Henr.* Dittmar Specim. I. de nomine, aetate, studiis, ac scriptis *Gaii* Icti Rom. *Lipsiae* 1820. Cap. 2. §. 6. pag. 117. Daß Julian in unserm Fragment keinen andern *Gaius* gemeint habe, als den *Cassius*, haben auch *Aegid.* Menagius in iuris civ. Amoenitat. Cap. 43. pag. 431. und Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. VIII. Not. k. pag. 59. gezeigt.

18) S. den 20. Th. dieses Commentars. S. 429—431.

19) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 6. de rei uxor. act. und desselben Comm. in libr. XVII. Quaest. Pauli ad L. 71. de evict. (*Opp.* Tom. II. pag. 1189.).

20) Pand. Iustin. Tom. I. Tit. de eviction. Nr. XLI. Not.

auſſer allem Zweifel geſetzt. Dennoch ſind mehrere angeſehene Rechtsgelehrten [21]) der Meinung, daß wenn die in der Ehe geſtorbene Tochter emancipirt geweſen, die dos profectitia nicht an den Vater zurückkehre, wenn er ſich nicht den Rückfall vorbehalten hat, ſondern den Erben der Tochter zu reſtituiren ſey. Man gründet dieſe Meinung vorzüglich auf die oben angeführte *L.* 4. *Cod. h. t.* Allein wie bedenklich das argumentum a contrario bey der Auslegung der Reſcripte in dem römiſchen Geſetzbuche ſey, iſt ſchon bey mehreren Gelegenheiten in dieſem Commentar [22]) bemerkt worden. Es iſt auch nicht nöthig, das Wort *filiafamilias* in dieſem Reſcript mit Govean [23]) als einen unächten Zuſatz auszuſtreichen. Voet meint zwar, das argumentum a contrario werde hier unterſtützt durch die *L.* 19. *Cod de Collat.* (VI. 20.)

g. h. und Tom. II. h. t. Nr. I. Not. c. Man ſehe auch *Ant.* Schulting ad *Ulp.* Tit. VI. §. 6. not. 29. in Iurisprud. vet. Anteiust. pag. 582.

21) Fachinaeus Controversiar. iuris Lib. III. Cap. 71. in med. Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 6. und beſonders *Ern. Aug. Guil. von dem* Bussch Exercit. acad. qua dos profectitia, vivo patre, liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus, iure communi vindicatur. *Goettingae* 1749. 4. §. XI—XVIII.

22) Man ſehe beſonders den 1. Th. dieſes Commentars §. 37. S. 265. f.

23) Variar. Lection. Lib. II. cap. 4. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. VIII. Const. 68. pag. 364. iſt das Wort *filiafamilias* wohl mit Fleiß weggelaſſen worden. Denn der griechiſche Scholiaſt Theodorus bemerkt Sch. m. pag. 412. Es ſey zwiſchen einer mulier ὑπεζουσία und ἀνυπεζουσία kein Unterſchied.

Denn wenn daselbst die Enkel der verstorbenen Tochter ihres Vaters, oder Mutter-Brüdern, so wie ihres Vaters oder Mutter-Schwestern die dos conferiren sollen, die ihre Mutter vom Großvater erhalten hat; so müsse diese dos nach dem Tode der Tochter nicht an den Großvater zurückgekehrt, sondern an die Enkel, als Erben ihrer Mutter, gefallen seyn. Da dieses nun von einer filiafamilias, die in der Ehe gestorben ist, nach der *L. 4. C. h. t.* auf keine Weise verstanden werden könne, so könne es nur von einer filia emancipata wahr seyn. Allein hier wird wieder ein ganz unrichtiger Schluß gemacht. Es ist hier gar nicht die Frage, ob, und in welchen Fällen die dos an den Vater zurückkehre, wenn die Tochter in der Ehe stirbt; sondern die Frage, welche Justinian hier entscheidet, ist: ob die Descendenten des ersten Grades, die von dem verstorbenen Ascendenten erhaltene dos oder donatio ante nuptias den Descendenten des zweyten Grades, d. i. den von einem verstorbenen Sohne oder Tochter hinterlassenen Enkeln zu conferiren haben, und ob diese dagegen jenen diejenige dos oder ante nuptias donatio conferiren müssen, welche ihre Eltern von dem verstorbenen Ascendenten, gleichviel er sey Vater oder Mutter, erhalten haben. Es ist also hier gleichgültig, die dos, von deren Collation die Rede ist, sey profectitia oder adventitia. Eben so gleichgültig ist es, bey der hier von Justinian entschiedenen Frage, wie die dos an die Enkel von der Tochter gekommen ist. Es kann ja der Vater mit dem Schwiegersohne die Uebereinkunft treffen, daß wenn die Tochter in der Ehe mit Hinterlassung von Kindern sterben sollte, diesen die dos verbleiben solle[24]). Wie kann also aus

24) *L. 12. pr. L. 26. pr. D. de pact. dot. L. 48. D. Solut. matrim. L. 7. C. de pactis conventis tam super*

dieſem Geſetz gefolgert werden, die dos profectitia kehre nicht wieder an den Vater zurück, wenn die in der Ehe verſtorbene Tochter nicht mehr in väterlicher Gewalt war, da ſoviel andere Stellen in dem römiſchen Rechte das Gegentheil lehren? Man will ſie zwar von dem Falle verſtehen, wenn ſich der Vater den Rückfall der dos ausbedungen hat; allein dieß iſt eine divinatoriſche Erklärung, die den Worten dieſer Geſetzſtellen durchaus nicht entſpricht [25]).

Man ſetzt zwar unſerer Meinung noch die *L. 2. pr. et §. 1. D. h. t.* entgegen, wo Ulpian ſagt:

Soluto matrimonio, solvi mulieri dos debet: nec cogitur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil nocet. Nam si incommodum aliquod maritus suspectum habet, non debere eum cogi alii, quam uxori promittere, dicendum est. *Haec, si sui iuris mulier est.*

§. 1. Quod si *in patris potestate* est, et dos ab eo profecta sit: *ipsius et filiae dos est.* Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae

*dote.* Man ſehe auch *Ant.* Faber Coniectur. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 2. pag. 410.

25) Man vergleiche noch *Casp.* Schifordegger ad Ant. Fabrum. Lib. II. Tract. XIV. Qu. 4—6. *Reinh.* Bachovius ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. XI. lit. C. §. *Caeterum.* pag. 384. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Sequens inspectio. Hug.* Donellus Commentar. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 6. §. 6. in fin. Vol. VIII. pag. 200. und *Frid. Es.* a Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 69. §. 10 et 11.

petere dotem, nec per se, nec per procuratorem potest: sic ergo et promittendum Sabinus ait: ei ergo promittendum erit, cui uterque iusserit. Ceterum, si pater solus iussit, dotis actio filiae non erit ademta, quandoque sui iuris filia fuerit facta. Item, si voluntate solius filiae promittatur, remanebit dotis actio integra patri. Sed utrum ut et agat solus, an et ut adjuncta quoque filiae persona experiri possit? Et puto, nec eam actionem amissam, quam adjuncta filiae persona potest habere: quod si sui iuris fuerit facta filia, nocebit ei ista stipulatio.

Allein wie man in dieser Stelle einen Beweis gegen unsere Meinung hat finden können, ist unbegreiflich. Es wird freilich hier ein Unterschied zwischen einer Frau, die sui iuris, und einer solchen, welche in patris potestate ist, gemacht; allein die Frage ist ja hier, wie schon Ant. Schulting[26]) bemerkt hat, nur davon, inwiefern der Mann die dos einem Andern, dem er als Schuldner delegirt wird, auf den Fall der Trennung der Ehe zu versprechen schuldig sey, oder nicht? Hier wird nun in Hinsicht dieser Delegation ein Unterschied gemacht. Ist die Frau sui iuris, so muß er nach getrennter Ehe das Heyrathsgut ihr zurückgeben, und kann nicht genöthiget werden, sich einem Andern als Schuldner delegiren zu lassen, ausser insofern ihm dieses ganz unnachtheilig ist[27]). Ist sie aber noch in der väterlichen Gewalt, so kann die

26) Ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 6. Not. 22. (in *Iurispr. vet. Anteiustin.* pag. 583.)

27) S. *Vinc.* Carpzii Disputation. Lib. I. Cap. 27. (in *Thes. Meerman.* Tom. IV. pag. 613.)

Tochter eben so wenig ohne Wissen ihres Vaters, als der Vater ohne Einwilligung der Tochter delegiren. Denn beyde fordern die dos nach getrennter Ehe gemeinschaftlich zurück, und keiner kann durch Verträge dem Rechte des Andern Eintrag thun. Das Gesetz spricht zwar nur von der dos profectitia; allein daß ein Gleiches auch von der dos adventitia gelte, wenn die Frau zur Zeit der getrennten Ehe noch unter väterlicher Gewalt ist, davon wird in der Folge die Rede seyn [28]). Da nun hier überall von einem solchem Falle die Rede ist, wo die Tochter zur Zeit der Trennung der Ehe noch lebt, z. B. die Ehe ist durch Divortium, oder durch den Tod des Mannes getrennt worden; so gehört die ganze Stelle gar nicht hierher, wo von dem Rückfall der dos profectitia an den Vater die Rede ist, wenn die Tochter in der Ehe starb.

Eben so unrichtig ist die Erklärung, wodurch man eine unserer vorzüglichsten Beweisstellen, es ist die oben angeführte *L.* 10. *D. h. t.*, zu entkräften sucht. Es ist darin von dem Falle die Rede, da die verheyrathete Tochter, welche eine dos von ihrem Vater erhalten hatte, in feindliche Gefangenschaft gerieth, und darin starb. Diese Stelle soll nun von einer solchen Tochter zu verstehen seyn, welche während der Ehe noch in väterlicher Gewalt war, und um dem Vater die dos profectitia zu erhalten, habe man fingirt, als sey die Tochter in dem Augenblick der Gefangennehmung, und also noch in väterlicher Gewalt gestorben. Allein der Zweifelsgrund war hier, wie Anton Faber [29]) sehr richtig bemerkt hat, nicht der, weil

28) S. Cujacius, Charondas, und Schulting ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 6. (in *Iurisprud. vet. Antejust.* pag. 583.)

29) Conjectur. iuris civ. Lib. XIII. cap. 1. pag. 407.

durch die Kaptivität die väterliche Gewalt aufgehoben zu seyn schien; denn dieß hätte dem Vater nichts geschadet, wenn auch die Tochter in civitate geblieben, und als sui iuris in der Ehe gestorben wäre, wie ja Pomponius in den Worten unserer Stelle:

> ut etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat,

selbst deutlich genug ausspricht; sondern weil die Ehe durch Gefangenschaft aufgehoben wurde [30]), mithin das Rückforderungsrecht in Ansehung der dos profectitia für den Vater verloren zu seyn schien, welches er bey einer emancipirten Tochter nur in dem einzigen Falle hätte, wenn sie in der Ehe starb. Aus diesem Grunde soll angenommen werden, als ob die in feindliche Gefangenschaft gerathene, und aus derselben nicht wieder zurückgekehrte Tochter, in der Ehe gestorben sey. Eben so hat auch der griechische Scholiast [31]) die Stelle des Pomponius verstanden, welcher sie in seine Sprache auf folgende Art übertragen hat:

*Ἐὰν γυνὴ παρὰ τοῦ πατρὸς προικισθεῖσα, ληφθῇ παρὰ τοῖς πολεμίοις ἀιχμάλωτος, καὶ παρ' αὐτοῖς τελευτήσῃ, οὕτω πάντα τὰ περὶ τῆς προικὸς τρακταίξομεν, ὡσανεὶ ἐν τῷ γάμῳ ετελεύτησεν. ἵνα εἰ καὶ μὴ τὴν τοῦ πατρὸς ὑπεξουσία ἡ θυγάτηρ αὐτὴ ὅμως ἡ προῖξ εἰς αὐτὸν ὑποστρέψῃ. τοῦτο γὰρ συνέβαινεν*

30) *L.* 1. *D. de divort. L.* 12. §. 4. *D. de captivis. L.* 14. §. 1. *D. eodem. L.* 8. *eod.* §. *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 13. §. *Naptias.* p. 166. u. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 55.

31) *Basilic.* Tom. IV. pag. 378 sq. Sch. n.

εἰ καὶ ἐν τῷ γάμῳ ἐτελεύτησεν. i. e. *Si mulier a patre dotata capta fuerit ab hostibus, et apud eos decesserit: quae ad dotem pertinent, omnia ita observamus, atque si in matrimonio decessisset: ut etiam si filia in potestate patris non esset, ipsa tamen dos ad eum revertatur. Hoc enim evenisset, si in matrimonio decessisset.*

Noch streitiger aber ist die Frage, ob die dos profectitia nach dem Tode der Tochter auch dann an den Vater zurückfalle, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind? Berühmt ist der Streit über diese Rechtsfrage zwischen den beyden Glossatoren Martinus und Bulgarus, den Odofredus[32]) und Guido Panziroli[33]) erzählen[34]). Bulgarus war der bejahenden Meinung. Martinus hingegen behauptete das Gegentheil aus Gründen der Billigkeit, und entschied für die Kinder. Bulgarus blieb seiner Meinung getreu, selbst mit Aufopferung seines eigenen Vortheils. Denn man erzählt, Martin sey von dem Schwiegervater des Bulgarus, als des letztern Frau, mit Hinterlassung von Kindern, starb, wegen des Rückfalls der dos zu Rathe gezogen worden, und er habe ihm zur Antwort gegeben: *Si mihi, qui contra te sentio, hic casus contigisset, iure fuissem absol-*

32) In L. 6. D. de iure dot. und in L. 4. C. Soluto matrim.

33) De claris Legum interpretib. Lib. II. cap. 15. pag. 128.

34) S. *Io. Sal.* Brunquell Prolus. de Sectis et controversiis iuris Iustinianei interpretum, quos Glossatores appellamus. §. 17. (in Opuscul. a *Henr. Io. Ott.* Hornig edit. Nr. VIII. pag. 322.) Wenck Vacarius pag. 265 et 266. und Haubold Rogerius Beneventanus pag. 11. nr. 25.

*vendus, sed Gener tuus, qui diversum docuit, sua se iam sententia condemnavit, et nisi ut falsus interpres a me turpiter reprehendi maluerit, petitam dotem reddere cogetur.* Allein Bulgarus gab, zur Beschämung seines Gegners, das Heyrathsgut seiner verstorbenen Frau mit Vergnügen dem Schwiegervater zurück, und bestätigte dadurch zu seinem großen Ruhme die Wahrheit seiner Meinung, welcher auch die übrigen Glossatoren, Johannes, Azo, Accursius, Bartolus u. s. w. Beyfall gaben. Nur Albericus, des Bulgarus Schüler, dem man ohnehin nachsagte, Er sey et sordibus et gulae praeter dignitatem deditus gewesen, änderte zu seiner eigenen Schande seine Meinung, und trat auf Martins Seite, als er durch den Tod seiner Frau in denselben Fall kam, uneingedenk des edlen Beyspiels seines Lehrers [35]). Nach ihm unternahm auch Salicetus [36]) die Meinung Martins zu vertheidigen, und sie fand so viele Anhänger, daß sie in der Praxis die herrschende wurde. Dennoch ward der Streit unter den neuern Rechtsgelehrten fortgesetzt. Cujaz [37]) suchte beyde Meinungen dadurch zu vereinigen, daß ein Unterschied zu machen sey, zwischen dem ältern und neuern Rechte. Nach jenem sey die Meinung des Martins wahr, wegen der Retention ob liberos, die Justinian nachher aufgehoben habe. Nach diesem verdiene des Bulgarus Meinung den Vorzug. Dagegen suchte Anton Faber [38])

35) S. Panziroli de claris LL. interpretib. Lib. II. cap. 22.

36) In L. 4. Cod. Soluto matrim.

37) Ad Africanum. Tract. VI. ad L. ult. D. Ratam rem haberi. Man sehe auch Desselben Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 6. de rei uxor. act.

38) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 16.

anfangs zu beweisen, daß Martin's Meinung nicht nur nach dem ältern, sondern auch nach dem neuesten Rechte eben so wahr, als billig sey. Er verwarf aber nachher[39]) diese Meinung, und überzeugte sich lebhaft, daß Bulgarus Recht habe. Andreas Fachinäus[40]) tadelte ihn zwar deswegen, und nahm Martins Meinung in Schutz: Allein Caspar Schisordegher[41]) vertheidigte seinen Faber gegen den Angriff des Fachinäus, und widerlegte seine Gründe ausführlich. Hiermit ward aber auch der Streit noch nicht entschieden. Die nachfolgenden Rechtsgelehrten nahmen bald die Meinung des Bulgarus[42]),

39) Conjectur. Lib. XIII. Cap. 1—10. Dieses 13. Buch hat den Titel: *Retractata quaestio, an dos profectitia soluto matrimonio revertatur ad patrem superstitibus liberis.*

40) Controvers. iur. Lib. III. cap. 71.

41) Ad *Anton. Fabrum.* Lib. II. Tract. XIV. pag. 167—178.

42) *Franc.* Duarenus Commentar. ad L. 48. D. Soluto matrim. (*Opp.* pag. 289.) *Hub.* Giphanius Explanat. difficiliör. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. Cod. de pactis conventis tam super dote. pag. 429—432. *Reinh.* Bachovius Echt Notae et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. XI. lit. C. pag. 378. sqq. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. §. *Sequens inspectio.* (Opp. Tom. II. pag. 525.) Unter den neuern *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 69. *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 4. Not. 13. in Iurisprud. vet. Antejust. pag. 582. *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iuris controv. an dos profectitia praemortua uxore, extantibus liberis, redeat ad patrem. *Lipsiae* 1772. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1 B. §. 460. a. E. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 441. Schweppe röm. Privatrecht §. 684.

bald die des Martins an[43]). Und so würde denn diese Streitfrage noch immer eine der wichtigsten bleiben, wenn sich die Praxis nicht schon längst für Martins Meinung entschieden hätte[44]). Schon Marcus Vertranius Maurus[45]) sagte: Martini sententia, licet contra ius scriptum conniventia et errore primum introducta, causam inveteratae consuetudini dedit a primis illis temporibus reviviscentis iurisprudentiae. Dennoch werden die Gründe für Bulgarus Meinung in der Theorie immer das Uebergewicht behalten. Ganz entscheidend ist der Grund, den man aus Ulpians Fragmenten *Tit. VI.* §. 4. hernimmt, wo es heißt:

Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet.

Zu Ulpians Zeiten hinderte also das Daseyn der Kinder den Rückfall der dos profectitia an den Vater nicht. Der Vater mußte sich nur einen Abzug gefallen lassen. Der Mann konnte nämlich auf jedes Kind aus dieser

43) S. *Ern. Aug. Guil. von dem* Bussch Exercitat. Qua dos profectitia, vivo patre, liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus, iure communi vindicatur. *Goet.* 1749. 4.

44) Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 7. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXIX. medit. I. *a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 137. Struben rechtliche Bedenken. 3 Th. Bd. 19. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 441. a. E.

45) De iure liberorum. Cap. V. (in *Th. iur. Rom. Otton.* Tom. III. p. 983.)

Ehe ein Fünftheil abrechnen. Dadurch konnte aber freylich die dos ganz erschöpft, und also der Rückfall zuweilen vereitelt werden [46]). Dieß fällt nun aber weg. Justinian hat der Retention ob liberos in der merkwürdigen *L. un. §. 5. C. de rei uxoriae actione* ein ewiges Stillschweigen auferlegt:

Sileat *ob liberos retentio*, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur.

Hiermit hat also Justinian nicht den Rückfall der dos profectitia an den Vater, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, sondern den lästigen Abzug aufgehoben. Nun fällt also die dos profectitia, wenn die Tochter in der Ehe stirbt, unverkürzt wieder an den Vater zurück. Da nun die L. un. noch vor den Pandecten ist gegeben worden; so erklärt sich daraus, wenn ein ganzes Heer von Gesetzstellen in unserm corpus iur. civ. ohne allen Unterschied, und ohne alle Einschränkung sagt, die dos profectitia kehre an den Vater zurück, wenn die Tochter in der Ehe gestorben ist [47]), und es wäre gewiß eine zu kühne und gewaltsame Ueberschreitung der Regeln der Auslegungskunst, wenn man alle diese Gesetzstellen

46) S. *M. V.* Maurus c. l. pag. 982. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 681. Z. 5. der 8. Aufl.

47) *L. 6. D. de iure dot. L. 6. Cod. eodem. L. 10. D. Soluto matrim. L. 4. C. eodem. L. 81. D. pro Socio. L. 17. D. de Senatuscons. Macedon. L. ult. pr. D. Ratam rem haberi. L. 13. Cod. de negot. gestis* II. 19. *L. 2. C. de bonis, quae liberis.* VI. 61. *L. 71. D. de eviction. L. 6. D. de collat.*

blos auf den Fall einschränken wollte, da keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind. Wie wenig das Daseyn der Kinder den Rückfall der dos profectitia an den Vater zu Ulpians Zeiten gehindert habe, sieht man daraus, weil die dos auch nicht einmal in dem Falle, wenn der Vater zu der Zeit, da die Tochter in der Ehe starb, nicht mehr lebte, an die Kinder fiel, sondern bey dem Mann verblieb [48], weil die dos dem Mann, cum voto eius, qui dedit, war bestellet worden, ut semper apud maritum sit, wie Paulus [49] sagt. Erst Justinian hat dieses geändert, und verordnet, daß die dos in diesem Falle an die Erben der Frau kommen solle [50]. Wozu wäre es endlich nöthig gewesen, mit dem Manne darüber einen Vertrag zu schließen, daß wenn die Tochter mit Hinterlassung von Kindern in der Ehe sterben sollte, die dos profectitia bey dem Manne bleiben solle? Man wendet zwar ein, das Recht des Vaters, die dos profectitia zurückzufordern, sey ein Recht der väterlichen Gewalt; es falle also weg, wenn die Tochter emancipirt ist, weil in diesem Falle die dos eignes Vermögen der Tochter sey, und daher, seitdem durch das Orphitianische Senatusconsult die Kinder ein Erbrecht in das Vermögen der Mutter erhalten hätten, auf die Kinder vererbt werde. Allein in diesem Raisonement liegt ein zweyfacher Irrthum zum Grunde. Erstens ist es der Ansicht der Gesetze offenbar entgegen, wenn man das Zurückforderungsrecht des Vaters aus der väterlichen Gewalt herleiten will. Ganz anders belehrt uns hierüber Pomponius in der

48) Ulpian. *Fragm. Tit. VI.* §. 4. *in fin.*

49) *L.* 1. *D. de iure dot.*

50) *L. un.* §. 6. *C. de rei uxor. act.*

oben angeführten *L.* 6. *D. de iurid dot.* IURE DUBITATUM *est patri*, sagt er, *ut, filia amissa, solatii loco* cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta. Da die dos profectitia für das eigene Vermögen der Tochter gehalten wird, welches nicht mehr zu dem Vermögen des Vaters gehört [51]; so hätte eigentlich dieselbe, nach dem Tode der Tochter, an die Kinder oder sonstige Erben derselben fallen sollen, wenn hier das gemeine Recht Statt gefunden hätte. Allein die Gesetze haben hier den Vater mehr, als die Erben der Tochter begünstiget. Vermöge eines besondern Rechts, welches nur dem Vater, aber nicht auch seinen Erben zusteht, hat man es ihm zu seinem Troste gestattet, und zwar ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, und was für Erben die Frau sonst hinterlassen hätte, daß ihm die dos zurückgegeben werden soll, wenn die Tochter während der Ehe stirbt, damit er nicht einen doppelten Verlust betrauren dürfe. Von einem Rechte der väterlichen Gewalt ist also hier gar keine Rede [52]. Zweytens ist auch der Schluß ganz falsch, was Eigenthum der Tochter ist, geht auf ihre Erben über. Die dos profectitia ist Eigenthum der Tochter, sie sey in väterlicher Gewalt, oder nicht [53]; und doch fiel nicht einmal in dem Falle die dos an die Kinder, wenn der Vater nicht mehr lebte, sondern der Mann

51) *L.* 3. §. 5. *D. de minorib. L.* 12. *pr. D. ad Leg. Falcid. L.* 4. *D. de collatione. L.* 71. *D. de evict. L.* 1. §. *ult. L. ult. D. de dotis collat.*

52) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XIV. cap. 6. §. 5.

53) *L.* 13. §. 5. *D. de minor. L.* 5. §. 11. *D. de iure dot. L.* 4. *D. de collat. bon. L.* 71. *D. de evict.*

behielt die dos, wie Ulpian [54]) sagt, ohnerachtet zu seinen Zeiten das Orphitianische Senatusconsult schon längst im Gebrauche war. Nach dem neuern Rechte soll zwar der Mann die dos nicht mehr lucriren, sondern sie soll nach dem Tode der Frau an die Erben derselben fallen [55]), dadurch ist aber in Absicht auf den Rückfall der dos profectitia an den Vater, wenn derselbe die Tochter überlebt hat, nichts geändert worden [56]). Denn wer sollte glauben, daß Justinian ein solches Heer von Gesetzen, welche unbedingt für den Vater sprechen, stillschweigend aufgehoben, und dem Vater ein Recht, welches die Gesetze demselben als ein besonderes Recht solatii loco gestatten, wieder sollte entrissen haben, ohne ein Wort davon zu sagen?

Noch einen Grund nimmt man gegen unsere Meinung aus der *L.* 18. §. 1. *D. Ut legator. vel fideicommiss. servandor. causa cav.* her, wo Scävola sagt:

Idem quaesiit, testatricem apud maritum suum, *ex quo filium reliquerat*, res deposuisse, non exacta cautione depositionis: an ea res patri heredi restitui debeat, an vero, quoniam emolumentum totius hereditatis ad filium defunctae reverti deberet, apud *maritum* remaneret, *apud quem dos remansisset?* Respondit, quod mulieris mansisset, nec in dote fuisset: restituendum esse heredi.

54) *Fragm. Tit. VI.* §. 5.

55) *L. un.* §. 6. *C. de rei uxor. act.*

56) S. Duarenus Comm. ad L. 48. D. h. t. *Opp. pag.* 289. und Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XIV. cap. 6. §. 9.

Hier, meint man, sey es nun ganz entschieden, daß wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, die dos profectitia nicht an den Vater zurückkehre, sondern bey dem Manne bleibe. Allein dieses Gesetz entscheidet die gegenwärtige Frage gar nicht. Scävola wurde in einem Falle befragt, wo gerade die dos bey dem Manne geblieben war. Ob diese dos eine profectitia oder adventitia war, wird nicht gesagt. Auch wissen wir nicht, aus welchem Grunde die dos beym Manne geblieben war. Etwa um des Kindes willen? gewiß nicht. Denn wäre auch die dos eine profectitia gewesen, so hätte sich, um des Kindes willen, der Vater nur den Abzug von einem Fünftheil müssen gefallen lassen. Auf dieß alles kam auch gar nichts an. Scävola führt blos obigen diesen Umstand an, und nimmt einen Zweifelsgrund daher, warum etwa auch das übrige Vermögen, welches die Frau bey dem Manne deponirt hatte, bey demselben bleiben müsse, weil ja doch der Vater, den die Tochter zum Erben eingesetzt hätte, vermöge der letzten Willensverordnung derselben, wenn er stirbt, ihrem Sohne die Erbschaft restituiren müßte. Scävola entschied nun zwar ganz recht, daß der Mann dennoch das Vermögen der Frau, jedoch mit Ausnahme der dos, dem Vater, als Erben, herausgeben müsse; allein, daß die dos profectitia, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind, nicht an den Vater zurückkehre, sondern bey dem Manne bleibe, wird hier nicht gesagt [57].

C. Beyde, Vater und Tochter, sind zur Zeit der Trennung der Ehe noch am Leben. Dieß ist der Fall, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes, oder durch

57) S. Ant. Faber Conjecturar. Iuris civ. Lib. XIII. Cap. 3.

Dowarium getrennt worden ist. Hier kommt es nun darauf an, ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt ist oder nicht. In dem ersten Fall gehört die dos beyden, dem Vater und der Tochter, gemeinschaftlich; dieß heißt aber nicht soviel, als ob beyde an der dos einen gleichen Antheil hätten, was man sonst unter Gemeinschaft versteht [58]). Nein die dos profectitia ist Eigenthum der Tochter, und zwar in solidum [59]). Sie ist nur insofern communis patris et filiae, daß keiner sie ohne den Willen des andern zurückfordern kann [60]). Denn auch dem Vater ist daran gelegen, daß das Heyrathsgut der Tochter, zum Behuf ihrer anderweiten Verheyrathung, erhalten werde [61]). Das Rückforderungsrecht steht nun zwar eigentlich dem Vater zu, wenn die Tochter noch in seiner Gewalt ist; weil Kinder während der väterlichen Gewalt nicht für sich allein klagen können [62]). Allein er kann die actio de dote nicht anders, als mit Willen und ohne Widerspruch der Tochter, anstellen.

58) *L. 5. D. de stipulat. servor.*

59) *L. 3. §. 5. D. de minorib. L. 71. D. de evict. L. 24. pr. D. ad Leg. Falcid.* S. *Casp.* Schifordegger ad Anton. *Fabrum*, Lib. II. Tract. XIII. Quaest. 13. pag. 161 — 164.

60) S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 5. §. 14. et 15. (Vol. VIII. pag. 206. sq.) Schifordegger ad Ant. Fabrum. Lib. II. Tract. XIII. Qu. 13. pag. 164. und Voorda Thes. controversar. Decad. XI. §. 1.

61) *L. 71. D. de evict. L. 22. §. 1. D. h. t.* S. Donellus cit. loc. §. 15. in fin. pag. 207.

62) *L. 8. pr. et §. 3. Cod. de bonis quae liberis.*

*L.* 2. §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *libro* XXXV. *ad Sabinum.* Quod si *in patris potestate* est, et dos ab eo profecta sit: *ipsius et filiae dos est.* Denique pater non aliter, *quam ex voluntate filiae,* petere dotem, nec per se, nec per procuratorem, potest.

*L.* 3. *D. eodem.* Paulus *Lib. VII. ad Sabinum.* Non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote, *quae communis est patris et filiae,* utriusque voluntas exquiritur: nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest. Sed si pecunia ad patrem pervenit, quam filia accepit, actio de dote utrisque tolletur [63]).

*L.* 7. *Cod. eodem.* Impp. Diocletianus et Maximian. Filiae pecuniam adimere, quam habes in potestate, minime prohiberis. Nam [64]) si pro ea dotem dedisti, hanc constante matrimonio, ne consentiente quidem ipsa: *matrimonio autem dissoluto, eadem invita repetere non potes.*

*L. un.* §. 14. *Cod. de rei uxor. act.* Et hoc ex rei uxoriae actione simili modo *ex stipulatu actioni* accommodandum est: si quando etenim post dis-

63) Julian ſagt *L.* 34. §. 6. *D. de solut.* filia in causam dotis particeps, et *quasi socia obligationis* patri est. Man vergleiche noch *L.* 34. §. 5. *D. de legat. II. L.* 14. *pr. D. ad Leg. Falcid.* S. *Barth.* Cheslus Differentiar. iuris Cap. 67. (in *Iurispr. Rom. et Attica.* Tom. II. pag. 824.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. ad L. 2. §. 1. D. h. t. Tom. IV. pag. 332.

64) *Nam* ſteht hier für sed. S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XI. Not. e.

solutum matrimonium dos a patre eius petebatur: siquidem rei uxoriae fuerat actio; *non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere*; et si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus, et si lis contestata esset, ad filiam *quasi propriam patrimonium* dos revertebatur: quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim et solus actionem habebat, consensu filiae non exspectato, et si decedebat, ad suos heredes transmittebat. Sed *rei uxoriae ius et in ex stipulatu actionem transponere*, satis humanum, satis pium, satis utile matrimoniis est.

Iſt die Tochter sui iuris, ſo fordert ſie die dos profectitia allein, und ohne Zuſtimmung des Vaters zurück [65]). Der Vater hat kein Klagerecht, und eben ſo wenig deſſelben Erben. Das Heyrathsgut bleibt Eigenthum der Tochter, wenn ſie auch der Vater enterbt hätte [66]). Sie kann ſogar gegen den Vater ſelbſt, ſo wie gegen deſſelben Erben auf Zurückgabe der dos klagen, wenn ihr Mann den Vater zum Erben eingeſetzt hätte [67]).

65) *L.* 22. §. 5. *L.* 34. *D. h. t. L.* 71. *D. de evict.* S. Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. Accedit. de rei uxor. act. Pothier Pandect. Iustin. T. II. h. t. §. V—VIII. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 6. §. 25. (Vol. VIII. pag. 213. sq. edit. *Buoher.*) und Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 5.

66) *L. un.* §. 11. *C. de rei uxor. act.*

67) *L.* 44. *pr. D. h. t.* Paulus] *libro V. Quaestionum.* Si socer a genero heres institutus adierit hereditatem, quandoque mortuo patre, *cum herede eius* filiam de dote acturam, *Nerva* et *Cato* responderunt: ut est

War die Tochter zwar zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt, sie ist aber nachher sui iuris geworden; so geht das Klagerecht auf sie über, und die dos muß ihr restituirt werden.

*L. 42. D. h. t.* PAPINIANUS *libro IV. Responsor.* In insulam patre deportato, qui dotem pro filia dedit, actio dotis ad filiam pertinet. Post divor-

relatum apud *Sextum Pomponium* Digestorum ab *Aristone* libro quinto: ibidem *Aristoni* consensit. Ergo dicerem, *et si emancipasset pater filiam*, IPSUM *quoque conveniri posse.* So lange der Vater lebte, und die Tochter in seiner Gewalt war, konnte die Tochter gegen den Vater nicht klagen. *L. 4. D. de iudiciis.* Starb hingegen der Vater nach der Antretung der Erbschaft, so konnte nun die Tochter gegen den Erben wegen der dos klagen. So respondirten Nerva und Cato. Wenn es in dieser Stelle heißt: ut est relatum apud *Sextum Pomponium* Digestorum ab *Aristone* libro quinto; so heißt dieses soviel, wie Aristo im 5ten Buche seiner Digesten bey Sextus Pomponius erzählt oder angeführt hat. Denn nicht Pomponius, sondern Aristo hat Digesten geschrieben. Die Lesart: ut est relatum apud Sextum Pomponium *libro sexto* Digestorum, *et* ab Aristone libro quinto, bey Baudoza Cestius, oder auch wenn in einigen Ausgaben, wie z. B. bey Merlin, nach Digestorum das Wort ET eingeschaltet wird, ist daher offenbar unrichtig. Pomponius gab nun auch dem Aristo Recht. Man sieht aus allem, daß der Fall nicht müsse ausser Zweifel gewesen seyn, wie ich auch schon an einem andern Orte (§. 1273. Not. 21. S. 151.) zur Erläuterung dieser Gesetzstelle gezeigt habe. Gegen den Vater konnte hingegen die Tochter nur dann klagen, wenn der Vater sie emancipirt hatte.

tium quoque patre damnato, qui idem [68]) *consentiente filia non petierat* [69]) aeque dotis actio mulieri est.

68) Statt qui idem lesen Haloander, Baudoza, Merlinus u. a. qui dotem. In der Taurellischen Ausgabe steht quidem. Dieß kann auch durch Gemination qui quidem gelesen werden. Die Lesart qui idem ist blos Gebauers Conjectur, welcher diese Lesart vorzog, weil es zweifelhaft ist, ob es nicht geheißen habe *quidem*. Das IDEM erklärt Pothier in Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. VII. hot. h. durch dotem reddi.

69) Cujacius Comment. in libr. IV. Responsor. Papin. ad h. l. (*Oper. postum.* a Fabroto editor. pag. 177.) erklärt die Worte: qui *dotem* (diese Lesart scheint also die gewöhnlichere zu seyn) consentiente filia non petierat, so, die Tochter habe dem Vater zur Zurückforderung der dos ihre Einwilligung nicht gegeben, weil sonst die Klage auf den Fiscus übergegangen wäre. Er beruft sich auf die *L.* 10. §. 1. *D. de bonis damnator.* Ihm stimmt auch Schulting in Notis ad Dig. seu Pand. Tom. IV. pag. 347. bey. Allein zieht der Fiscus das Vermögen eines verurtheilten Verbrechers ein, so muß er ja die Gläubiger befriedigen, unter denen die Frau wegen ihrer dos vorzüglich zu berücksichtigen ist. *L.* 31. *pr. D. h. t.* Ueberdem geht das Recht des Vaters nicht auf die Erben. Deswegen erklärt die Glosse die Worte *non petierat* durch non exegerat. Der Vater hatte zwar mit Einwilligung der Tochter geklagt, aber die dos noch nicht erhalten, als er zur Deportation war verurtheilt worden. Diese Erklärung stimmt auch mit der Auslegung des griechischen Scholiasten in den *Basilicis* überein, welcher Tom. IV. pag. 397. Sch. m. unsere Gesetzstelle folgendermassen paraphrasirt: Ἐὰν ὁ προικίσας τὴν θυγατέρα δεπορτάτος γένηται, μόνῃ τῇ

*L.* 66. §. 2. *eodem.* Iavolenus *libro VII. ex Posterioribus Labeonis.* Filiafamilias, divortio facto dotem patri reddi, iusserat: deinde, parte dotis persoluta, pater decesserat: reliquam partem, si nec delegata, nec promissa novandi animo patri fuisset, mulieri solvi debere, Labeo et Trebatius putant: idque verum est.

Da heut zu Tage die Töchter durch die Ehe aus der väterlichen Gewalt gehen, so fällt der Unterschied, den hier das römische Recht macht, weg, und die Tochter kann daher jetzt die dos profectitia immer selbst zurückfordern, wenn sich der Vater den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten hat[70].

Θυγατρὶ ἀρμόζει τῆς προικὸς ἡ ἀπαίτησις, μετὰ ταῦτα λυομένου τοῦ γάμου. εἰ δὲ καὶ μετὰ ῥηθὸν διον, καὶ μετὰ τὸ ἁρμόσαι τῷ πατρὶ κατὰ γνώμην αὐτῆς προκαταρξαμένῳ πάλιν τῇ θυγατρὶ μόνῃ ἁρμόζει τῆς προικὸς ἡ ἀπαίτησις. i. e. *Si is, qui dotem pro filia dedit, deportatus fuerit, soli filiae dotis repetitio competit, postea soluto matrimonio. Sed et si post divortium, et postquam patri competierat, qui voluntate filiae litem erat contestatus rursus soli filiae dotis repetitio competit. Io. Gu* Hoffmann in Observat. var. (Meletem.) ad Pand Diss. XXII. §. 7. schließt hieraus, die Exemplare de Griechen müssen gelesen haben: *cui idem consentient filia competierat.*

70) S. Struben's rechtliche Bedenken 3. Th. Bd. XIX Schmidt's Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einrede §. 338. Not. p. Hofacker Princip. iur. civ. R. G Tom. I. §. 441. und Weber's Erläuterung der Pan decten. 2. Th. §. 1274. und 1275.

II. Das Heyrathsgut ist eine dos adventitia, d. h. eine solche, die kein väterlicher Ascendent der Frau bestellt hat, sie sey übrigens von der Frau oder von einem extraneus gegeben worden. Denn hat sich der extraneus der Rückfall der dos nicht bey deren Bestellung ausdrücklich ausbedungen, in welchem Falle die dos adventitia den besondern Namen receptitia erhält, so wird angenommen, die Frau habe stillschweigend zu ihrem Vortheil stipulirt[71]). Auch hier ist zu unterscheiden.

A. Lebt die Frau noch, und die Ursache der Ehetrennung lag nicht an ihr; so kommt es nach dem römischen Rechte darauf an,

1) ob sich dieselbe noch in väterlicher Gewalt befindet. Hier ist zwischen der dos adventitia und profectitia kein Unterschied. Der Vater klagt zwar auf Restitution der dos, allein anders nicht, als mit Einwilligung der Tochter[72]). So war es bey der alten rei uxoriae actio, wie Ulpian[73]) lehrt, und Justinian hat dieses

71) *L. un. §. 13. C. de rei uxor. act.*

72) S. Vorr Comm. ad Pand. T. II. h. t. §. 3. Cujacius Exposit. Novellar. ad Nov. XCVII. cap. ult. und Bachov. ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disputat. VII. Th. X. lit. C.

73) *Fragm. Tit. VI.* §. 6. Divortio facto, — si in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae: *nec interest, adventitia sit dos, an profectitia.* Diesem steht nicht entgegen, wenn gleichwohl Ulpian *L. 2. §. 1. D. h. t.* blos der dos profectitia gedenkt. Denn die daselbst entschiedene Hauptfrage betrifft die Delegation. Bey dieser war allerdings der Zweifelsgrund stärker, ob die Einwilligung der Tochter erforderlich sey, wenn die dos eine profectitia ist. Da-

auf die neue actio de dote ex stipulatu übertragen[74]). Die Tochter kann, so lange sie in väterlicher Gewalt ist, nicht selbst und allein klagen, wenn es ihr der Vater nicht erlaubt[75]), oder der Vater abwesend ist, und die Sache keinen Aufschub leidet[76]).

2) Ist die Frau sui iuris; so kann sie die dos allein, ohne Zustimmung und Concurrenz des Vaters, zurückfordern[77]). Eben so ist es, wenn die Frau zwar zur Zeit der Trennung der Ehe noch in väterlicher Gewalt

mit hat er also die dos adventitia nicht ausschließen wollen. S. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Ostendi. Voorda Thes. controversar. Dec. XI. §. 2. Pothier Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. IX. not. m. pag. 59. und Schulting ad *Ulpian.* Tit. VI. §. 6. Not. 22. in *Iurispr. vet. Anteiust.* pag. 583.

74) *L. un.* §. 14. *Cod. de rei uxor. act.*

75) *L. 9. D. de obligation. et act. L. 8. pr. Cod. de bonis, quae liberis.* Verb. ne iudicium sine patris voluntate videatur consistere. Man verbinde damit den §. 3. dieser *L.* 8. und *Nov. XCVII. Cap.* 6. §. 1. S. *Ant.* Faber Coniecturar. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 6. et 7. pag. 416. sq. Mühlenbruch Doctr. Pandect. Volum. II. §. 270. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 42. a. E.

76) *L.* 18. §. 1. *D. de iudiciis.* S. Voet h. t. §. 3.

77) *L.* 2. *pr. L.* 30. *pr. L.* 35. *D. h. t. L.* 43. §. 1. *D. de iure dot.* Plane secutis nuptiis, sagt Ulpian in der letzten Stelle, mulier soluto matrimonio dotis exactionem habebit: nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, condictionem habeat: tunc enim non habebit mulier actionem.

war, aber nachher entweder noch vor Anstellung der Klage, oder vor Endigung des Prozesses sui iuris geworden ist.

*L.* 31. §. 2. *D. h. t.* Iulianus *libro XVIII. Digestorum.* Si voluntate filiae procurator a patre datus, litem de dote contestatus fuerit, et re secundum eum iudicata pater decesserit: iudicati actionem filiae potius, quam heredibus patris, dari oportebit.

B. Ist die Ehe durch den Tod der Frau getrennt worden; so fordern nunmehr ihre Erben die dos zurück, und das alte Recht, nach welchem die dos adventitia bey dem Ehemanne blieb[78]), ist in der neuern Constitution von Justinian aufgehoben worden.

78) In den Pandecten finden sich jedoch noch viele Stellen, welche von dem Rechte des Mannes sprechen. *L.* 22. *D. de religiosis. L.* 23. *D. de evict. L.* 20. *D. de condit. institution. L.* 15. *D. de fundo dotali. L.* 5. *D. de bonis damnator.* Nach der *L. un.* §. 6. *C. de rei uxoriae actione* müßten diese Stellen von besondern Verträgen verstanden werden. Allein Cujacius Observation. Lib. IX. Cap. 4. erklärt sie de ipso iure. Er gesteht jedoch selbst, daß in der *L.* 27. *D. de iure fisci*, wo Ulpian sagt: Cum mortem maritus uxoris necatae non defendit, Divus Severus rescripsit, dotem fisco vindicandam: *prout ad maritum pertineat*; die letzten Worte von Tribonian seyen hinzugefügt worden. Auch die griechischen Scholiasten erklären jene Stellen von besondern Verträgen. Z. B. die *L.* 15. *D. de fundo dotali.* Man sehe die *Basilica* Lib. XXIX. Tit. 6. Sch. f. Tom. IV. pag. 725. Allein *Hab.* Giphanius in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. de pactis conventis tam sup. dote. pag. 432. will sie theils von Verträgen, theils von andern besondern Fällen verstehen.

*L. un. §. 6. C. de rei uxor. act.* Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut si decesserit mulier constante matrimonio, *dos non in lucrum mariti cedat*, nisi ex quibusdam pactionibus, *sed ad mulieris heredes* ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac Lege inesse intelligatur.

§. 1275.

Von wem kann die Zurückgabe des Heyrathsguts verlangt werden?

Für die Zurückgabe der dos haftet zunächst der Empfänger derselben. War es nun der Ehemann, der das Heyrathsgut empfieng, oder desselben Vater, in dessen Gewalt er zur Zeit des Empfangs gestanden, so sind es diese, oder auch deren Erben, welche zunächst belangt werden können. Der Vater haftet jedoch für die Restitution des Heyrathsguts nicht nur dann, wenn er selbst die dos empfieng, sondern auch, wenn sie auf sein Geheiß dem Sohne gegeben wurde. Ausserdem kann er nur Actione de peculio, oder de in rem verso belangt werden.

*L. 22. §. 12. D. h. t.* Ulpianus *Libro XXXIII. ad Edictum.* Transgrediamur nunc ad hunc articulum; ut quaeramus, *adversus quos* competat de dote actio? Et *adversus ipsum maritum* competere, palam est: sive ipsi dos data sit, sive alii ex voluntate mariti, vel subiecto iuri eius, vel non subiecto. Sed si filiusfamilias sit maritus, et dos socero data sit, *adversus socerum* agetur. Plane si filio data sit, si quidem iussu soceri, *adhuc abso-*

*lute*[79]) *socer tenebitur.* Quod si filio data sit non iussu patris, SABINUS et CASSIUS responderunt, nihilo minus *cum patre* agi oportere: videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium: sufficit autem ad id damnandum[80]) quod

79) POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XXII. Not. a. erklärt das *absolute* durch in solidum. Der griechische Scholiast *Basilicon* Tom. IV. pag. 387. Sch. d. braucht das Wort ἀδιαστίκτως, welches Fabrot durch indistincte übersetzt hat. Es ist der Gegensatz des nachher angegebenen Falls, da der Vater nur pro modo peculii, oder de in rem verso haftet, nämlich wenn dem Sohne, der noch in väterlicher Gewalt war, die dos ohne Geheiß des Vaters gegeben worden ist, wo gleichwohl die actio de dote gegen den Vater Statt findet. Hier haftet der Sohn in solidum, der Vater nur, so weit das peculium des Sohns, was er in Händen hat, zureicht, oder so weit die dos in seinen Nutzen verwendet worden ist. Sofern nun die dos eine Schuld des Vaters geworden, konnte der Sohn das Heyrathsgut aus der väterlichen Erbschaft vorausfordern, wie aus *L.* 20. §. 1. *in fin. D. Fam. ercisc.* erhellet, wo ULPIAN sagt: Praecipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, verum etiam ipsi filio, MARCELLUS scribit: sed filio datam tam diu, *quam diu peculium patitur, vel in rem patris versum sit.* Das *tam diu, quamdiu* ist hier soviel als quousque oder quatenus, welches auch an andern Orten so gebraucht wird. S. CUJACIUS Observation. Lib. XV. cap. 22. Man sehe noch *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Libr. XVI. cap. 50. (Tom. III. *Bruxell.* 1746. f.) und WESTPHAL's System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 759.

80) Die meisten Ausgaben lesen: Sufficit autem ad id *eum*

est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. Sin autem socero dotem dederit [81]), cum marito non poterit experiri, nisi patri heres extiterit.

*L.* 36. *D. de peculio.* Ulpianus *libro II. Disputationum.* In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio, an in solidum pater — teneretur: ut est in *actione de dote* agitatum, si filio dos data sit, an pater duntaxat de peculio conveniretur? Ego autem arbitror, non solum *de peculio*, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem [82]): nam si habeat res, nec restituere sit paratus, aequum est, eum, quanti ea res est, condemnari.

*L.* 26. *pr. D. h. t.* Paulus *libro XXXVI. ad Edictum.* Si filiofamilias dos data sit iniussu patris [83]), *de peculio* quidem agetur: sed sive pro-

*damnari*, z. B. Haloander, Baudoza, Merlinus, Miräus u. a. m.

81) Hier muß das Wort *mulier* ergänzt werden, welches auch der griechische Scholiast hat. Dieser hat nämlich in den *Basilicis* Tom IV. pag. 387. Sch. d. die Worte unserer Gesetzstelle so übertragen: ἐὰν δὲ τῷ πενθερῷ ἀυτῆς ἐπιδέδωκε τὴν προῖκα ἡ γύνη.

82) Gegen den Vater kann daher zuweilen auch actione doli geklagt werden, wenn er die Schwiegertochter in Rücksicht der dos hervortheilt hat, oder die Herausgabe der dos hartnäckig verweigert. Hier haftet er nicht blos de peculio, sondern in solidum.

83) Wäre dem Sohne die dos auf des Vaters Geheiß gegeben worden, so würde der Vater mit der actio *quod iussu* in solidum haften.

pter impensas a filiofamilias factas, sive propter res donatas a filio, vel amotas ab uxore res peculiares, hoc ipso, quod habet actionem pater ex persona filii, maius peculium fit, et sic totum est praestandum mulieri, quod est in peculio: quia [84]) adhuc sit, quod uxori debeatur.

84) Einige Ausgaben lesen hier: *modo* adhuc. Z. B. Baudoza, Halvander, Miräus u. a. m. allein die florentinische Lesart bestätigt der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 391. Sch. x. wo es heißt: *εἴγε καὶ οὕτως πλέον τοῦ πεκουλίου κεχρέωστηταί τι τῇ γυναικί*: id est, *quia plus, quam in peculio sit, mulieri debetur.* Die Richtigkeit derselben beweist auch der ganze Zusammenhang. Auch dieses Gesetz giebt der Frau wegen der dos die actio de peculio gegen den Vater ihres Mannes, wenn sie ihm ohne des Vaters Geheiß die dos gab. Merkwürdig ist aber diese Stelle darum, weil man daraus sieht, daß in das Pekulium des Sohns auch das eingerechnet wird, was die Frau dem Schwiegervater wegen ihres Mannes schuldig ist, und daher mit der actio de peculio jetzt mehr erhält, als was sie sonst würde bekommen haben. Hat nämlich der Mann Gegenforderungen an die Frau, z. B. wegen verwandter Unkosten, oder wegen gemachter Geschenke, oder wegen Entwendung von Sachen, die zum Pekulium desselben gehören; so kann deswegen der Vater ex persona filii gegen die Frau klagen; daher wird durch diese Forderungen an die Frau das Pekulium des Sohns vermehrt. Nun setze man, die dos der Frau bestehe in 1000 Dukaten, die Baarschaft des Pekuliums aber nur in 500 Dukaten; so muß ihr das ganze Pekulium vom Vater herausgegeben werden. Denn wenn sie auch dieses erhält; so ist sie doch damit wegen ihrer dos noch bey weitem nicht befriediget; weil sie damit nur die Hälfte erhalten hat. Sie hat also

*L. 53. D. eodem.* TRYPHONINUS *libro XIX. Disputationum.* Si filiofamilias dos data est, ipse quidem *dotis actione* tenetur, pater autem eius *de peculio*: nec interest, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed quatenus facere potest, hic [85]) quoque condemnandus est.

mehr noch zu fordern, als das ganze Pekulium beträgt. Wollte nun der Vater wegen seiner Forderungen gegen die Frau klagen, so könnte sie die Compensation entgegensetzen. Er müßte also entweder das, was er empfing, wieder herausgeben, oder sich auf das, was er noch von der dos schuldig ist, abrechnen lassen. Die Worte: *et sic totum est praestandum mulieri*, gehen also auf wirkliche Herausgabe des ganzen Pekuliums, ohne allen Abzug, weil die Frau wegen ihres Heyrathsguts mehr zu fordern hat, als das Heyrathsgut beträgt, wie auch der griechische Scholiast CYRILLUS a. a. O. bemerkt. S. *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 37. und Desselben Commentar. in Lib. XXXVI. Pauli ad Edictum h. L. (*Oper. póstum.* Tom. II. pag. 594.) und *Franc.* DUARENI Commentar. ad h. L. (*Oper.* pag. 282.) Dion. Gothofredus meint, statt: quod uxori debeatur, müsse gelesen werden: *quod uxor debeat.* Dieser Emendation giebt auch POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIV. not. k. pag. 62. Beyfall. Allein aus der Uebersetzung des griechischen Scholiasten ergiebt sich, daß die flor. Lesart die richtige sey. Wäre die Frau dem Schwiegervater schuldig, ohne daß diese Schuld in das Peculium des Sohns eingerechnet werden kann, so würde der Vater die Schuld abrechnen können, wenn er von der Frau actione de peculio belangt wird, und sie dann gar nichts mehr erhalten, wenn die dos auch nicht mehr, als die Schuld beträgt. S. *L. 53. D. h. t.*

85) Sc. filius. S. *Basilica* T. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 51. pag. 359.

*L. 46. D. eodem.* Paulus *libr. XIX. Quaestionum.* Qui dotem stipulanti uxori promiserat, eidem testamento quaedam legaverat, ita tamen, ne dotem ab heredibus peteret. Ea, quae legata erant, uxor capere non poterat. Respondi, dotis actionem mulieri *adversus heredes* non esse denegandam [86]).

*L. 9. Cod. h. t.* Impp. Diocletian. et Maxim. Dotis actione *successores mariti* super eo, quod ei dotis nomine fuerat datum, convenire debes.

86) Bey der actio ex stipulatu hatte eigentlich das Edictum *de alterutro* nicht Statt. Hatte jedoch der Mann seiner Frau dotis nomine ein Legat hinterlassen, so daß sie dafür das Heyrathsgut von seinen Erben nicht zurückfordern soll; so verliert sie die dos, wenn sie das Legat wählt. *L. 20. §. 8. D. Fam. ercisc. L. 6. §. 1. D. Quando dies legator. L. 53. D. de legatis II. L. 2. §. 1. D. de dote praeleg.* Dieß setzt aber voraus, daß sie das Legat müsse erhalten können. Ist dieses nicht der Fall, so bleibt ihr die Klage wegen der Zurückforderung ihres Heyrathsguts gegen die Erben ihres Mannes unbenommen. Man vergleiche hier vorzüglich Cujacii Commentar. in librum XIX. Quaestion. Pauli ad h. L. (*Oper. postumor.* Tom. II. pag. 1196.) War nur einer von mehreren Erben mit dem Vermächtniß beschwert, so hält sich die Frau zunächst an diesen, dieser haftet aber nur bis auf den Werth der legirten Sache. Ist sie dadurch wegen ihrer dos noch nicht befriediget, so haften die übrigen Erben wegen des Ausfalls zu ihren Antheilen. So entscheidet Terentius Clemens *L. 53. D. de legat. II.* Man sehe auch Heineccius ad Legem Juliam et Papiam Popp. Lib. II. cap. 14. §. 6.

L. 11. Impp. Honorius et Theodosius. Si constante matrimonio maritus fatali fuerit sorte consumtus: dos, quae data dicitur, vel promissa, ex eius uxoris facultatibus, *ad eandem* revertatur: nihilque sibi ex hoc *defuncti heres* audeat vindicare, quod *ad mulierem* recurrere fecit obitus maritalis.

Ward die dos nicht dem Manne, sondern dem Schwiegervater eingehändiget, in dessen Gewalt sich der Ehemann befand; so findet keine Klage gegen den Ehemann Statt, ausser insofern er Erbe seines Vaters geworden ist [87]). Der Vater haftet aber in diesem Falle nicht de peculio, sondern mit der actio dotis in solidum. Es sagt dieses nicht nur die oben aus der *L.* 12. *h. t.* angeführte Stelle, sondern auch die *L.* 10. *C. h. t.* wo die KK. Diocletian und Maximian Folgendes reſcribiren:

Si socero filiae tuae dotem dedisti, licet in eius positus potestate gener tuus rebus humanis exemptus sit: tamen non *de peculio*, sed *in solidum*, a te, consentiente filia, conventum eum satisfacere oportet.

Den Erben gleich, haftet der Fiscus, wenn er die Güter desjenigen eingezogen hat, welcher zur Reſtitution des Heyrathsguts verbunden war.

87) *L.* 31. §. 3. *D. h. t.* S. *Jac.* Cujacii Commentar. in librum XVIII. Digestor. Salvii Juliani. ad h. L. (*Oper. postum.* a *Fabroto* editor. Tom. III. pag. 134.) Hat der Vater den Sohn enterbt, so kann die Frau blos gegen die Erben des Vaters klagen, sobald diese die Erbschaft angetreten haben. *L.* 24. §. 1. *D. h. t.*

*L. 31. pr. D. h. t.* Iulianus *libro XVIII. Digestor.* Si marito publico iudicio damnato pars aliqua bonorum eius publicetur, fisous creditoribus eius satisfacere necesse habet, inter quos uxor quoque est [88]).

*L. 2. Cod. eodem.* Impp. Severus et Antoninus. Secundum rationem iuris existimas restitui tibi debere dotem a fisco, qui bona damnati patris tui suscepit. Licet enim viro quondam tuo pater tuus heres extiterit, attamen iuri tuo hoc derogare non potest: cum et ipse pater sine voluntate tua nec exigere, nec accipere dotem poterat.

Subsidiarisch können auch zuweilen Bürgen pro dote haften [89]). Zwar soll die Frau vermöge einer

88) So wie jedoch die Erben für die dos nur nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile haften, *L. 31. §. 3. D. Soluto matrim.* eben so haftet auch der Fiscus nur nach dem Verhältniß des eingezogenen Vermögens, *L. 2. C. ad L. Jul. de vi publica vel priv.* (IX. 12.) Dasselbe bemerkt bey unserer Stelle auch der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 394. Sch. q. Ἐὰν μέρος τῆς οὐσίας τοῦ ἀνδρὸς δημευθῇ, ἀναγκάζεται ὁ φίσκος κατὰ τὸ μέρος τῆς δημεύσεως, ἀποκρίνεσθαι τῆς δανεισταῖς αὐτοῦ. Εἰκότως οὖν καὶ τῇ γυναικὶ ἀναγκάζεται περὶ τῆς προικὸς ἀπολογῆσθαι. *i. e. Si pars bonarum mariti publicata fuerit, fiscus pro ea parte, quae publicata est, creditoribus eius respondere cogitur. Merito ergo mulieri quoque cogitur dotem reddere.*

89) Lauterbach Colleg. th. pr. Vol. II. h. t. §. 9. Malblanc Princip iur. Rom. P. II. Sect. ult. §. 647. nr. I.

Verordnung des Kaisers Justinian [90]) von dem Empfänger der Brautgabe keine Bürgschaft verlangen, er sey der Ehemann, oder der Vater, oder ein Anderer, ja sie soll nach der Erklärung des großen Cujaz [91]) und Jacob Gothofredus [92]) nicht einmal einen ihr freywillig gestellten Bürgen gültiger Weise annehmen können. Allein nach getrennter Ehe ist der Mann sogar verbunden der Frau zu ihrer Sicherheit Bürgen zu stellen, wenn er die dos nicht sogleich zurückgeben darf [93]). Man pflegt jedoch, unter Berufung auf das Canonische Recht [94]) noch den Fall auszunehmen, wenn der Mann während der

90) *L.* 2. *Cod. Ne fideiussor. dotium dentur.* (V. 20.) wo jedoch statt *patri mariti*, nach den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 9. Const. 3. pag. 415. *parti mariti* zu lesen ist. Im Griechischen heißt es τοῦ μέρους τοῦ ἀνδρὸς. S. *Jo.* Leunclavius Notator. Lib. II. cap. CXC. (*in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 1545.)

91) Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 20. Lib. V. Ne fideiuss. vel mandator. dot. dentur.

92) Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. de fideiussor. dot. Tom. I. Lib. III. Tit. 15. pag. 351. in fin. et sp. Anderer Meinung ist jedoch *Hub.* Giphanius in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad Tit. Ne fideiussor. dot. dent. pag. 454.

93) *L.* 24. §. 2. *D. h. t. L.* 41. *D. de iudic. L.* 7. *pr. D. de exceptionibus.* S. *Jac.* Cujacius ad Africanum Tract. IV. ad L. 17. D. ad Sctum Vellejan. *Jo.* Voet Comm. ad Dig. Tom. II. h. t. §. 17. und *Jo. Lud. Guil.* Back Diss. de Fabio Mela ICto, eiusq. Fragmentis, praes. *Chr. Gottl.* Haubold def. *Lipsiae* 1806. §. 19.

94) *Cap.* 7. *X. de donat. inter vir. et uxor.* (IV. 20.)

Ehe in Vermögensverfall geräth [95]), desgleichen, wenn noch vor Schließung der Ehe in den Dotalverträgen zur Bedingung gemacht worden, daß zur Versicherung der dos von dem Ehemann Bürgen gestellt werden sollten [96]), welches jedoch von Andern bezweifelt wird [97]). Der heutige Gerichtsgebrauch läßt indessen eine solche Bürgschaft unbedenklich gelten [98]).

Wegen der dem Heyrathsgute beygelegten gesetzlichen Hypothek kann auch jeder dritte Besitzer der pro dote der Frau gesetzlich verpfändeten Güter des Mannes in Anspruch genommen werden, und diese Hypothek kann die Frau selbst gegen die Gläubiger des Mannes, welche in die Güter desselben immittirt worden sind, verfolgen, insofern sie ihnen wegen des ihr zustehenden Privilegiums vorgeht [99]). Die Frau kann aber auch selbst die Immis-

95) *Franc.* Raguellus in Commentar. ad constitution. et decision. Justiniani. ad L. ult. Cod. Ne fidei. dot. dent. pag. 349.

96) Cujacius Recitat. cit. in Cod. c. l.

97) S. *Scip.* Gentilis de donationib. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 23. pag. 511. Gonzalez Tellez Commentar. in Decretales Greg. IX. ad cap. 7. X. de donat. inter vir. et uxor. Tom. IV. pag. 316. *Jac.* Gothofredus l. c. und Pothier Pand. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 1. Nr. XII. not. c. pag. 331.

98) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. DXXIII. medit. 8. Eisenhart Diss. de fideiussoribus dotis. §. 9. (in *Opusc.* pag. 32. sqq.) und Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 839. a. E.

99) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXVII. medit. 5.

ſion in die Güter des Mannes verlangen, wenn er inſolvent, und ohne Erben verſtorben iſt[100]).

Ohne Rückſicht auf Hypothek, iſt endlich jeder Beſitzer der noch in Natur vorhandenen Sachen des Heyrathsguts, wegen des der Frau daran zuſtehenden Eigenthums, zur Reſtitution verbunden, und kann deshalb mit der Reivindication in Anſpruch genommen werden[1]).

## §. 1276.

Zeit der Zurückgabe des Heyrathsguts. Kann es während der Ehe zurückgefordert, oder zurückgegeben werden?

Die Zurückgabe des Heyrathsguts geſchieht erſt nach erfolgter Trennung der Ehe. Hieraus ergeben ſich zwey Regeln.

100) *L. un. Cod. Ne pro dote mulieris bona quondam mariti addicantur.* Impp. Diocletianus et Maximian. Ut uxori pro dote addicantur bona quondam mariti, iure prohibitum est. Sane si nullo relicto successore non idoneus decessit: secundum iuris formam, quatenus successionis modus patitur, indemnitati tuae consulere non prohiberis. *Quatenus successionis modus patitur*, heißt ſoviel als, ſo weit der Nachlaß zureicht. Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 34. pag. 430. haben πρὸς τὸ ἐγχωρονῦ. welches der griechiſche Scholiaſt pag. 441. Sch. g. ſo interpretirt: Εἰ γὰρ οὐκ ἀρκεῖ ἡ οὐσία τοῦ ἀνδρὸς ἀποπληρῶσαι τὴν γυναῖκα, πρὸς τὸ μέτρον τῆς οὐσίας ἀναγκάζεται λαβεῖν. i. e. *Nam si bona mariti non sufficiant ad satisfaciendum mulieri, pro modo bonorum accipere compellitur.* S. Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad h. Tit. XXII. Lib. V.

1) *L. 30. Cod. de iure dot.* S. Mühlenbruch Doctr. Pandect. Vol. II. §. 271. in fin. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 690.

I. Während der Ehe kann die Dos nicht zurückgefordert werden.

II. Sie kann auch während der Ehe nicht zurückgegeben werden [2]).

Beyde Regeln sind wohl von einander zu unterscheiden. Sie beruhen nicht nur auf ganz verschiedenen Gründen, sondern haben auch ihre besonderen Ausnahmen, und Character.

Die erste Regel gründet sich auf die Natur und den Zweck der dos. Denn die dos wird ihrer Natur nach für die Dauer der ganzen Ehe gegeben [3]), und ihr Zweck ist, dem Manne die Kosten des ehelichen Zusammenlebens zu erleichtern, deren Last auf seinen Schultern ruht [4]). Darum gebühren ihm auch billig die Früchte

2) S. *Jac.* Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 19. Lib. V. Si dos constante matrimonio soluta fuerit. *Scip.* Gentilis de donationib. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 21 et 22. (*Hanoviae* 1604. 4. pag. 481. — 514). *Jac.* Gothofredi Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. de dotibus. Tom. I. Cod. Theod. pag. 245. edit. *Ritter* und Hasse Versuch einer genauern Auslegung der L. 73. §. 1. D. de iure dot. und der L. 20. D. Soluto matrim. (in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Savigny, Eichhorn und Göschen. B. V. Heft. 3. Nr. IX. S. 411 — 337.)

3) *L.* 1. *D. de iure dot.* Dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.

4) *L.* 56 §. 1. *D. eodem.* Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt. Und *L.* 76. *in fin. D. eodem* sagt: Nisi matrimonii oneribus serviat, *dos nulla est.*

der dos [5]), und selbst der Vertrag dagegen ist in der Regel ungültig [6]).

Der Grund der andern Regel beruht darin, weil eine zu frühe Zurückgabe der dos in den Gesetzen für eine Schenkung gehalten wird, welche unter Ehegatten unzulässig ist.

*L.* 28. *D. de pactis dotalib.* PAULUS *libro V. Quaestionum.* Quaeris, si pacta sit mulier, vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum, eoque modo minorem dotem constitutam: post nuptias vero, cum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, iam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem, *et erit mera donatio* [7]).

*L. un. Cod. Si dos constante matrimonio soluta fuerit.* Impp. HONORIUS et THEODOSIUS. AA. Martiano P. P. Si constante matrimonio a marito uxori dos *sine causa legitima* [8]) refusa est,

5) *L.* 7. *pr. D. eodem.* ULP. *libr.* 31. *ad Sabinum.* Dotis fructum ad maritum pertinere debere, aequitas suggerit; cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere.

6) *L.* 4. *D. de pactis dotalibus.*

7) *Jac.* CUJACII Commentar. in libr. V. Quaestion. Pauli adh. L. (*Oper postum.* a FABROTO *editor* Tom. II. pag. 1078.)

8) Diese Worte sind in der *L.* 3. *Cod. Theod. de dotibus*, woraus unsere Constitution genommen ist, nicht enthal-

quod legibus stare non potest, *quia donationis instar perspicitur obtinere*[9]), eadem uxore defuncta, ab eius heredibus cum fructibus ex die refusae dotis marito restituatur: ita ut proprietas eiusdem liberis ex eadem susceptis competens[10]) alienari contra leges a marito non possit.

Hat der Mann die dos während der Ehe zurückgegeben, ohne daß eine rechtmäßige Urſach dazu vorhanden war; ſo kann er ſie nicht nur von der Frau mit den Früchten, von Zeit der erfolgten Zurückgabe an, zurückfordern, ſo weit ſie nämlich dadurch bereichert worden iſt[11]), ſondern er kann auch noch nach dem Tode der

ten, ſondern ſind von Tribonian wegen der Ausnahmen, von denen nachher die Rede ſeyn wird, beygefügt worden.

9) Dieſe Worte ſind von der Gloſſe ganz unrichtig verſtanden worden. Sie erklärt das Wort *perspicitur* durch praesumitur. Allein *perspicitur* iſt hier ſoviel als perspicuum est. Der griechiſche Scholiaſt in den *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 9. Sch. a pag. 415. hat dieſe Worte κατὰ πόδας ſo überſetzt: ἐπειδὰν δωρεᾶς μίμησιν θεωρεῖται ἔχειν. Der Sinn iſt alſo der: weil dieß offenbar das Anſehen (Nachahmung) einer Schenkung habe.

10) Das Wort *competens* ſteht in der angeführten *L.* 3. *C. Th.* nicht, ſondern iſt von Tribonian der Deutlichkeit wegen hinzugefügt worden, von dem auch die Worte: *contra leges* eingeſchaltet worden ſind, wie Gothofredus a. a. O. pag. 346. not. g. bemerkt hat.

11) *L.* 20. *Cod. de iure dot.* Impp. Diocletr. et Maxim. Pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel si uxori capere do-

Frau deshalb gegen die Erben derselben auf Restitution klagen, sofern er die dos nach dem Tode der Frau lucrirt[12]), und die Erben derselben nicht die Kinder, sondern fremde Personen sind[13]). Denn den Kindern soll die Proprietät der dos erhalten werden, welche daher von dem Manne, dem in einem solchen Falle nur der Nießbrauch

nationis causa permissit, eum, *in quantum locupletior facta est*, posse agere, manifestissimi iuris est. Man verbinde damit noch die *L.* 8. *C. de donat. inter vir. et uxor.* und vergleiche den 26. Th. dieses Commentars §. 1253. b. S. 29.

12) Ein solcher Fall ist hier vorauszusetzen, wie auch Cujacius o. l. bemerkt hat. Hodie, sagt er, ex constitutione *Justiniani* mortua uxore dos non cedit lucro mariti, sed redditur heredibus mulieris. Igitur locus non est constitutioni huius tituli, *nisi convenerit instrumento dotali, ut mortua uxore dos cedat lucro mariti.* Dieses bestärken auch die *Basilica* Tom. IV. pag. 415. wo das Gesetz so lautet: Εαν ὁ ἀνὴρ ἠνὸ φείλει κερδάναι προῖκα, τελευτώσης τῆς γυναικὸς, συνισταμένων ἔτι τῶν γάμων χωρὶς νομίμου αἰτίας αὐτῇ ἀποδῶσει, συμβῇ δὲ τελευτῆσαι τὴν γυναῖκα ἐν συνεστῶτι τῷ γάμῳ κινεῖ κατὰ τῶν κληρονόμων αὐτῆν ἀπαιτῶν ἀποδοθῆναι αὐτῷ τὴν προῖκα, καὶ μετὰ τῶν καρπῶν ἐκ τοῦ καιροῦ τῆς απωδόσεως γενομένης. i. e. *Si maritus dotem, quam mortua muliere* LUCRARI *debet, constante matrimonio sine causa legitima ei solverit, mulier autem in matrimonio decesserit, cum heredibus eius aget, ut dos cum fructibus ex die solutae dotis ei restituatur.*

13) Denn die Erben werden hier nicht undeutlich von den Kindern unterschieden. Es ist also hier mit Cujaz ein solcher Fall anzunehmen, wo die Mutter fremde Personen zu Erben eingesetzt, und den Kindern blos den Pflichttheil hinterlassen hat.

lebenslänglich zusteht, nicht veräussert werden darf[14]). Vorzüglich gehört noch hierher die Verordnung des Kaisers Justinian in der Novelle XXII. Kap. 39. wo die Worte nach Hombergks Uebersetzung so lauten:

Dotes vero, quas mariti acceperunt, non facile mulieribus *constante adhuc matrimonio* reddent, nisi ex causis, quas lex enumeravit. *Alioquin si tale quid fecerint, id quod gestum est, instar donationis eo ipso esse videbitur*[15]). Et si mulier moriatur, mariti, qui dotes intempestive uxoribus restituerunt, ab uxorum heredibus tum ipsi, tum heredes eorum cum fructibus medii temporis eas recipient, et *secundum pacta* lucrabuntur. Et si viri ad secundas veniant nuptias, illa liberis non alienata servabunt: id quod generaliter constitutum est[16]).

14) In der *L. 3. C. Th. de dotib.* heißt es: ita ut proprietas eiusdem *a liberis* ex eadem susceptis *alienari* a marito non possit. Die Redensart *a liberis alienare*, erklärt Gothofredus für eine Eleganz. Sie drückt das *in necem et fraudem liberorum quid alienare* aus. So sagen auch die Gesetze *a liberis nubere* für ab iis nubendo discedere. S. L. 62. §. 2. *et L.* 72. *pr. de condit. et demonstrat.* S. Cujacius et Gothofredus ll. citt.

15) Im griechischen Text heißt es: ἐπείτοιγε εἴ τι τοιοῦτο πράξαιεν μίμησις δωρεᾶς τό γένομενον ἀντόδεν εἶναι δοκεῖ.

16) Der griechische Scholiast Thaleläus hat in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 416. Sch. b. zu der *L. un. C. Si dos constante matrim.* die Bemerkung gemacht: σημείωσαι, τοῦτο ἰδικόν ἐστιν, ὅτι καὶ μὴ δευτερογαμήσας ὁ ἀνὴρ ἀναγκάζεται φυλάζαι τοῖς παισὶ

Eine andere Folge der während der Ehe ohne eine gesetzmäßige Ursache geschehenen Zurückgabe des Heyrathsguts ist die, daß wenn die dos nach getrennter Ehe an einen Andern, als den Mann, zurückfällt, er durch die erfolgte Zurückgabe nicht von seiner Verbindlichkeit befreiet wird, wenn dieselbe zu einer Vergeudung der dos geführt hat. Er bleibt vielmehr demjenigen verantwortlich, an den er nach getrennter Ehe die dos zu restituiren hat [17]).

Beyde obigen Regeln haben nun aber auch ihre besondern Ausnahmen, die nach dem Unterschiede jener beyden Sätze auch ihren eignen Character haben. Denn so

τὴν δεσποτείαν τῶν πραγμάτων. καὶ ἐστιν ὡραῖος ὁ λογισμὸς. ἐπειδαν γάρ ἐπ' αὐτὴν καὶ τὸν οὐσούφρουκτον καὶ τὴν δεσποτείαν ἀπεκτήσατο καταβαλὼν τῇ γυναικί, εἰκότως ἡ διάταξις, εἰ καὶ ἐπέτρεψεν ἀποδίδοσθαι αὐτῷ τὰ πράγματα, ἀλλ' ὅμως ἠθέλησε τοῖς παισὶ τὴν δεσποτείαν φυλαχθῆναι. i. e. *Nota: hoc speciale est, ut maritus etiam, qui ad secundas nuptias non migravit, liberis proprietatem rerum servare cogatur: et ratio elegans est. Quoniam enim solvendo uxori, usumfructum et proprietatem alienavit, merito constitutio, licet ipsi res restitui iubeat, liberis tamen proprietatem servari voluit.* Diese Bemerkung hat ihre vollkommene Richtigkeit, denn der Novelle 22. Kap. 39. hat Justinian durch die jüngere *Nov. XCVIII. Cap.* 1. derogirt.

17) *L.* 73. §. 1. *D. de iure dot.* Manente matrimonio *non perditurae uxori* ob has causas dos reddi potest. S. *Hub.* Giphanius in Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un. Si dos const. matrim. pag. 453. und Schweppe röm. Privatrecht. §. 686. der 3. Ausgabe.

wie sich diese beyden Regeln durch nicht müssen, und nicht können unterscheiden; so gehen die Ausnahmen der ersten auf ein Müssen, welches denn auch das Können oder Dürfen von selbst in sich schließt; die der zweyten Regel aber auf ein bloßes Können, ohne Müssen.

Die Ausnahmen selbst bleiben der zweyten Abtheilung vorbehalten.

# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach

## Hellfeld

# ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

---

Sieben und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

---

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1826.

## Fortsetzung des Titels

# Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

§. 1276. a.

Welches sind die Ausnahmen, 1) wo eine Dos während der Ehe zurückgefordert werden kann?

Es giebt im römischen Rechte nur eine Ausnahme, wo die Frau ihr Heyrathsgut während der Ehe zurückzufordern berechtigt ist. Dies ist der Fall, wenn der Mann verarmt, und daher durch seine ganz entschiedene Insolvenz ihre Dos gefährdet ist [18]). Hier muß ihr der Mann das Heyrathsgut zurückgeben, und ihr kommt schon während der Ehe gegen den Mann eine Klage zu. Es ist dieses nicht nur in der oben [19]) bey einer andern Gelegenheit vorgekommenen *L. 29. Cod. de iure dot.* enthalten, sondern eben dieses sagt auch schon Ulpian *L. 24. pr. D. h. t.*

Si, constante matrimonio, *propter inopiam mariti* mulier agere volet, unde exactionem dotis

18) S. *Scip.* Gentilis de donation. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. XXIV. pag. 500.

19) S. §. 1273. S. 182.

initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, *ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.*

Justinian hat dieses nachmals in der *L.* 30. *Cod. eod.* Verb. *omnis autem*, und in der *Nov. XCVII. Cap.* 6. §. 1. mit Beziehung auf seine frühere Constitution bestätiget, und zugleich in dem letztern Gesetz der Frau, wenn sie etwa noch in väterlicher Gewalt ist, und ihr Vater weder selbst klagen, noch ihr zu klagen erlauben will, sich selbst zu helfen und zu klagen geheißen, um die ihr wegen der Verarmung ihres Mannes drohende Gefahr abzuwenden. Thut sie es nicht, so soll ihr nachher die Ausflucht, sie habe nicht klagen können, bey der künftigen Collation nicht zu statten kommen [20]).

Nach der *L.* 29. *C. de iure dotium* darf jedoch die Frau von den ihr zurückgegebenen Dotalgütern nichts veräussern, sondern sie soll sich, den Mann, und die Kinder aus ihrer Ehe von den Früchten derselben ernähren [21]).

20) Es heißt nämlich nach Hombergks Version: Atque hoc valeat, si pater in eiusmodi casibus dotem dederit, et de substantia eius collatio speranda sit; sin vero dos maior forte fuerit, et collatio ex contumacia patris speretur, qui neque ipse actionem movere, neque illi, ut moveret, permittere voluit: *tum ipsa filia agat, neque hoc praetextu utatur, quod agere non potuerit, sed ipsa se iuvet, et metum de inopia mariti deponat.* Scimus enim sapientissimum quoque Ulpianum talia quaesivisse, et cum vir inops repertus esset, mulierem iuvisse, ab eaque, in quantum vir facere potest, collationem fieri voluisse.

21) Ita tamen, sagt Justinian daselbst, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente

Daß die Frau den Beweis des vorgegebenen Vermögens-Verfalls ihres Ehemanns führen müsse, wenn sie aus diesem Grunde ihre dos während der Ehe zurückfordert, versteht sich von selbst, da dieser Grund rein factisch ist. Wenn aber die Practiker [22]), in Absicht auf die Art des Beweises einen Unterschied machen, ob dieser Beweis wider den Ehemann oder gegen einen Dritten zu führen sey, und nur in dem letzten Fall einen vollständigen Beweis erfordern, in dem ersten aber schon einen halben Beweis für hinreichend halten: so ist diese Meinung in den Gesetzen nicht gegründet [23]). Vielmehr sagt Ulpian in der angeführten L. 24. ausdrücklich: *Constat*, exinde dotis exactionem competere, ex quo *evidentissime apparuerit*, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.

Leichter ist der Beweis, wenn der Mann von seinem Vater enterbt worden, und kein weiteres Vermögen besitzt, und der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Ulpian sagt in dem angeführten Fragment §. 1. Si, exheredato marito, mulier agat, magis est, ut *ex die aditae patris hereditatis* incipiat ei dotis exactio [24]).

Ist der Mann zwar noch nicht verarmt, auch noch

marito, et matrimonio inter eos constituto: *sed fructibus earum ad sustentationem tam suae, quam mariti, filiorumque, si quos habet, abutatur.*

22) Gaill. Lib. II. Obs. 83. nr. 12. Hildebrand Diss. de dote repetenda constante matrimonio. §. 11.

23) S. Gentilis de donation. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 24. pag. 501.

24) S. Gentilis o. l. pag. 503. und Hildebrand cit. Diss. §. 9.

nicht einmal verschuldet, aber er fängt an sein Vermögen zu vergeuden, so kann er sich durch Cautionsleistung von der Verbindlichkeit der Zurückgabe der dos befreyen, und er ist nur dann zur Restitution verpflichtet, wenn er keine Caution zu leisten vermag [25]).

§. 1276. b.

2) Ausnahmen der zweyten Regel, oder Fälle, wo der Mann der Frau ihre Dos während der Ehe gültig zurückgeben kann.

Der Fälle für das Erlaubtseyn der Zurückgabe des Heyrathsguts während der Ehe giebt es mehrere. Paulus führt sie in zwey Pandecten-Stellen an, die aus verschiedenen Schriften desselben genommen sind, und unter verschiedenen Titeln in den Pandecten erscheinen. Es sind *L.* 73. §. 1. *D. de iure dot.* und *L.* 20. *D. Soluto matrimonio.* Jene ist aus Paulus *libro II. Sententiarum*, diese aber aus desselben *libro VII. ad Sabinum* entlehnt. In der *L.* 73. §. 1. sagt Paulus.

*Manente matrimonio, non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest*, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium, aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem, sororemque sustineat.

In der *L.* 20. aber heißt es:

Quamvis mulier non in hoc accipiat *constante matrimonio* dotem, ut aes alienum solvat, aut

25) *Nov. XCVII. Cap.* 6. *Cap.* 7. *X. de donat. inter vir. et uxor.* Hildebrand cit. Diss. §. 14. und Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXVII. medit. 2 — 4.

praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret: *quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere, et ideo recte ei solvitur:* idque et in filiafamilias observatur.

Keine von beyden Stellen redet von einem reddi debere, sondern nur von einem *reddi posse*, keine von einem solvere *debere*, sondern nur vom *recte solvere, non male accipere*, quia iusta et honesta causa est. Von einem *recte solvere* spricht auch nur Scävola in der *L. ult. D. de iure dot.* Ulpian drückt dieß aber noch deutlicher aus, wenn er in der *L.* 27. §. 1. *D. de religiosis et sumt. funerum* die Meinung des Marcellus, daß der Mann, welcher der Frau während der Ehe die dos zurückgegeben hat, nicht mit der actio funeraria belangt werden könne, zwar billiget, aber doch nur in his casibus, *in quibus hoc ei facere* LEGIBUS PERMISSUM EST. So wie sich Ulpian hier ausdrückt, scheinen über diese Fälle eigene Gesetze vorhanden gewesen zu seyn, wenn wir gleich hiervon keine näheren Nachrichten haben. Vielleicht waren es die Lex Julia et Papia, welche bekanntlich über die Restitution des Heyrathsguts eigene Bestimmungen, besonders auch was die Zeit der Zurückgabe anbetrift, enthielten, worauf auch wohl die Stelle des Proculus in der *L.* 17. *D. de pactis dotalib.* hindeutet. Denn es ist bekannt, daß diese Gesetze von den Röm. Rechtsgelehrten sehr häufig in den Pandecten, ihrer Celebrität wegen, unter dem allgemeinen Namen *Leges* angeführt werden [26]). Auch Justinian

26) S. Heinecc. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Commentar. Lib. I. cap. 1. §. 4. vergl. mit Lib. II. cap. 19. §. 2.

in der Novelle XXII. Kap. 39. spricht von causis, *quas* LEX *enumeravit*, ἐξ αἰτιῶν, ἃς ὁ νόμος ὡρίσατο, Die Ausnahmen der andern Regel enthalten also lauter solche Fälle, wo die Zurückgabe der dos während der Ehe auf eine erlaubte Art geschehen kann, ohne daß die Zurückgabe in eine unzulässige Schenkung unter den Ehegatten ausartet [27]). Beyde Fragmente gehören also mehr unter den Titel de donationibus inter virum et uxorem, als unter diejenigen, in welchen sie jetzt befindlich sind. In dem libro VII. ad Sabinum handelte auch wirklich Paulus von Schenkungen unter Ehegatten, wie die daraus unter diesem Titel [28]) befindlichen Fragmente beweisen; die meisten aber doch von der Zurückgabe des Heyrathsguts [29]). Die einzelnen Fälle, wo die dos auf eine erlaubte Art der Frau zurückgegeben werden kann, sind nach den angeführten Gesetzstellen aus Paulus folgende.

1) Wenn sie die dos zurückerhält, um für ihre eigenen Bedürfnisse künftig allein zu sorgen. Pau-

27) Man sehe hier vorzüglich GENTILIS de donation. inter vir. et uxor. Lib. IV. Cap. 22. und HASSE angef. Versuch einer genauern Auslegung der allegirten Gesetze aus Paulus. Viele behaupten indessen, daß auch in den Fällen, von denen Paulus spricht, die Frau berechtiget sey, ihre dos während der Ehe zurückzufordern. Man s. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de dote repetenda constante matrimonio. *Altorffii* 1706. und *Christ. Frid.* HAUCK Diss. de uxore dotem constante matrimonio repetente. *Lips.* 1757.

28) S. *L.* 2. *L.* 12. *L.* 24. *L.* 26. *D. de donation. inter vir. et uxor.*

29) *L.* 3. 6. 8. 13 15. 17. 20. *D. Soluto matrim.* S. *Abr.* WIELING Jurisprud. Restitutg. pag. 199. sq.

lus drückt dieß in der L. 37. so aus: *ut sese suosque alat.* Dieß heißt also hier nicht, daß sich die Frau mit ihren Kindern davon ernähren solle, sondern unter den *Sui* werden hier die Sklaven verstanden, die die Frau zu ihrer Bedienung nöthig hatte. Es erhellet dieß aus einer Stelle Ulpians in *L.* 21. §. 1. *in fin. D. de donat. inter vir. et uxor.* wo er sagt. Plane si convenerat: uti se mulier pasceret, suosque homines: idcirco passus est, eam dote sua frui, *ut se suosque aleret*, expeditum erit: puto enim non posse ab ea peti *quasi donatum*, quod compensatum est. Es ist dieß also eben soviel, als wenn Ulpian *L.* 22. §. 8 *in fine h. t.* sagt: quatenus ex ea (sc. dote) mulier competens habeat solatium *una cum sua familia.* Denn unter *familia* werden hier die Sklaven verstanden [30]). Da der Mann hierdurch einer Last entlediget wurde, die ihm sonst obgelegen hätte, so konnte er dafür immerhin der Frau die Früchte der dos überlassen. Hätte sie der Mann nachher wollen als ein Geschenk zurückfordern, so konnte sie compensiren. In der That lag auch darin eigentlich keine Schenkung.

2) Um Schulden zu bezahlen. Paulus sagt in der *L.* 20. *ut aes alienum solvat.* Allein dieses allein ist noch nicht hinreichend. Paulus selbst sagt *L.* 28. *D de pactis dotalib.* es könne während der Ehe nicht einmal der Vertrag geschlossen werden, daß aus den Früchten des Grundstücks, welches die Frau zur dos gegeben, ein Gläubiger derselben abgefunden werde: eum

30) Man vergleiche noch *L.* 4. *in fin. D. de pactis dot.* mit *L.* 12. §. 1. *D. eodem.* und *L. ult. D. de in rem verso.* S. auch *L.* 195. §. 3. *D. de Verbor. Signif.*

onera matrimonii fructus relevaturi sunt. Die Abfindung des Gläubigers sey also eine mera donatio. Gilt dieses sogar von den Früchten der dos, so muß es noch mehr von der Substanz gelten. Man muß also voraussetzen, entweder daß die Frau keine Paraphernen hatte, woraus sie ihre dringenden Schulden bezahlen konnte, oder, wenn auch die Frau noch anderes Vermögen gehabt haben sollte, wovon die Schulden hätten getilgt werden können, die Zurückgabe des zur dos gegebenen Grundstücks von dem Manne blos darum geschehen seyn müsse, weil solches nicht sehr einträglich war, um durch Veräusserung desselben ein anderes einträglicheres Gut, zum Vortheil beyder Ehegatten, zu retten, aus welchem sonst die Gläubiger ihre Bezahlung zu erhalten, würden gesucht haben. Es gehört hierher *L. ult. D. de iure dot.* von Scävola, aus dessen libro 8. Digestorum diese Stelle genommen ist, folgenden Fall entscheidet.

Fundum filiae nomine pater in dotem dederat: huius heredi filiae ex asse, creditoribus urgentibus patris, utilius videtur potius fundum, qui dotalis est, distrahere, quod minus fructuosus sit, et alios hereditarios uberiore reditu retinere. Maritus consentit, *si nulla in ea re captio sit futura.* Quaero, an ea pars dotis, quae in hoc fundo est, mulieri manente matrimonio recte solvatur? Respondit, si pretium creditori solvatur, recte solutum.

Der Vater hatte die Tochter, für welche er ein Grundstück zum Heyrathsgute gegeben hatte, zu seiner Universalerbin hinterlassen. Es fanden sich jedoch nach seinem Tode dringende Schulden. Das Grundstück, welches sie zum Brautschatz erhalten hatte, war eben nicht

sehr einträglich. Ungleich ergiebiger hingegen waren diejenigen, welche sie geerbt hatte. Sie hält es also für besser, das minder einträgliche Dotalgut zu verkaufen, um damit die zudringlichen Gläubiger zu befriedigen, und dadurch die bessern Erbgrundstücke zu retten. Der Mann ist damit zufrieden. Er willigt aber doch nur unter der Bedingung in das Vorhaben der Frau, wenn daraus weder für ihn, noch für die Frau ein Nachtheil erwächst. So sind, wie ich glaube, die Worte zu verstehen; *si nulla in ea re captio sit futura*[31]. Dies wird sich nachher noch deutlicher ergeben. Zwar hält Scipio Gentilis[32] diese Worte für den Entscheidungsgrund, und erklärt sie so: die Zurückgabe der dos sey in diesem Falle nur insofern erlaubt, als nicht etwa der fundus dotalis, *donationis inter coniuges interdictae causa*, veräussert werde. Dieß würde aber der Fall seyn, wenn an die Stelle des minder einträglichen Grundstücks, die viel einträglicheren Erbgüter zur dos gemacht werden sollten. Allein diese Erklärung ist schon darum unrichtig, weil ja die dos während der Ehe durch Zubringen neuer Güter vermehrt werden kann. Wie kann also das für eine unerlaubte Schenkung gehalten werden, da diese Vermehrung der dos, so wie deren Bestellung doch immer nur zum Zweck hat, einen Beytrag zu den Kosten des ehelichen Zusammenlebens zu geben[33]? Richtiger

31) Denn das Wort *captio* wird häufig für damnum genommen. *L.* 59. *D. de Verbor. obligat.*

32) De donation. inter vir. et ux. Lib. IV. cap. 22. pag. 494.

33) *L.* 8. §. 13. *D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. Band §. 114. S. 397.

erklärt daher jene Worte Anton Faber [34]): si modo iacturam aut diminutionem dotis ex ea causa non pateretur sc. maritus. Der Mann willigte also in die Veräußerung des fundus dotalis, nicht animo donandi, sondern, wenn die Frau an die Stelle des veräußerten Dotalguts ihm einträglichere Grundstücke zu gleichem Zweck einräumen würde. Denn nun hatte er von der Veräußerung keinen Schaden, die Frau hingegen würde sich mit seinem Schaden auf eine ungebührliche Art bereichert haben, wenn sie die übrigen Erbgüter hätte für sich behalten, und benutzen dürfen. Dieß wäre dann eine wahre Schenkung gewesen. Daß dieses aber gar nicht die Absicht des Mannes gewesen sey, sieht man schon daraus, weil ja Scävola nur dann die Zurückgabe der dos während der Ehe für rechtmäßig geschehen achtet, wenn von dem aus dem Dotalgute gelösten Gelde die Gläubiger befriediget werden. Offenbar machte hier Scävola die Befriedigung der erbschaftlichen Gläubiger aus keinem andern Grunde zur Bedingung, als weil der Mann nicht unbedingt seine Einwilligung zur Veräußerung des Dotalguts gegeben hatte, und die Nichterfüllung der Bedingung die ganze Veräußerung ungültig gemacht haben würde. Nur dadurch allein konnten daher die besseren Erbgrundstücke erhalten und gerettet werden. Denn hierdurch wurde die Frau von der erbschaftlichen Schuldenlast befreiet, und hierdurch in den Stand gesetzt, von den dadurch geretteten erbschaftlichen Grundstücken ein besseres Heyrathsgut zu bestellen. Man bedenke dagegen, welche Folgen es gehabt haben würde, wenn die Gläubiger mit dem Gelde nicht wären bezahlt worden. Die erbschaftlichen Gläubiger würden ihre Bezahlung von dem Manne ver-

34) Conjectur. iuris civ. Lib. VIII. Cap. 10.

langt haben, wenn ihm die Frau die erbschaftlichen Güter zur dos überlassen hätte, weil die Bestellung der neuen dos zu ihrem Nachtheil geschehen wäre [35]). Der Mann würde nun also seine Einwilligung in die Veräußerung des ersten Dotalguts zurücknehmen, und das veräußerte Grundstück vindiciren, der Käufer aber wegen der Eviction gegen die Frau den Regreß nehmen. So geht nun der Sinn der Worte: *si nulla in ea re captio sit futura*, klar hervor, und es ist unbegreiflich, wie der große Anton Faber [36]) auf die Gedanken gerathen konnte, die Frage, welche Scävola entschieden, habe darin bestanden, ob der Kaufpreis für das veräußerte Dotalgut von dem Käufer der Frau gültig habe bezahlt werden können, und also das Interesse dieser Frage darin beruhe, daß wenn die Zahlung auf eine gültige Art geschehen ist, der Mann nachher kein rechtliches Gehör finde, wenn derselbe, bey unterbliebener Bestellung einer neuen dos von Seiten der Frau, den Käufer in Anspruch nehmen wollte. Ganz vergeblich ist daher auch seine Kritik, wenn er, in der Meinung, die gemeine Lesart sey fehlerhaft, statt an *ea pars* dotis, lesen will: an *pretium* [37])

35) *L.* 14. *in fin. D. Quae in fraudem creditor L.* 25. §. 1. *D. eodem. L.* 2. *C. de revoc. his. quae in fraudem creditor. S. Frid. Ad.* Webbr Commentat. de dote a creditoribus impugnanda, praesertim constitutione eius in fraudem illorum facta. *Rostochii* 1812. §. 7.

36) Cit. loc. pag. 214.

37) Die Worte an *ea pars* hält Faber darum für verdächtig, weil von einer pars dotis, worin der fundus bestanden, vorher gar keine Rede gewesen sey, und überdem das Wörtchen *ea* in den florentinischen Pandecten

dotis, und in den Schlußworten: si pretium *creditori* solvatur, für creditori [38]) das Wort *venditori* substituirt, wie schon Just. Meier [39]) ausführlich gezeigt hat. Die Gesetze erlauben ferner

3) die Zurückgabe der dos während der Ehe, wenn sie der Frau in der Absicht geschieht, *ut fundum ido-*

mit einem Sternchen bezeichnet sey. Allein das Letztere ist unwahr, das Erstere aber irrelevant. Der Vater mochte das Grundstück noch mit andern Sachen der Tochter zum Brautschatz gegeben haben. In der Geschichtserzählung hatte es aber Scävola der Kürze wegen weggelassen, weil es auf die Entscheidung keinen Einfluß hatte. Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 640. Sch. c. hat dieses ergänzt: Πατὴρ ὑπὲρ θυγατρὸς ἀγρὸν ἐπιδέδωκε λόγῳ προικὸς μετὰ καὶ ἑτέρων πραγμάτων. Pater filiae nomine fundum in dotem dedit *una cum aliis rebus.*

38) Für *creditori* lesen mehrere Ausgaben creditoribus. Z. B. Haloander, Miräus, u. a. m. und diese Lesart bestärken auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 80. pag. 530. die glossirten Ausgaben aber stimmen hier mit der florentinischen überein.

39) Ἐνδοξῶν Justinian. Decad. VII. Cap. 12. adj. Tom. III. *Collegii Argentorat.* Die *Basilica* a. a. O. widerlegen vollends die ganz unnöthige Veränderung des Textes. Es heißt nämlich daselbst: Ἐν συνεστῶτι τῷ γάμῳ, καλῶς ὁ προικιμαῖος ἀγρὸς καταβάλλεται τῇ γυναικὶ, ἐφ' ᾧ πραθῆναι, καὶ δοθῆναι τὸ τίμημα τοῖς δανεισταῖς τοῦ πατρὸς τῆς γυναικὸς, καὶ ἄλλον ἐνπορώτερον παρ' αὐτῆς κληρονομούσης τοῦ πατρὸς ἀντεισαχθῆναι τῇ γυναικί. i. e. *Manente matrimonio fundus dotalis mulieri recte solvitur in hoc, ut distrahatur, et pretium creditoribus patris eius solvatur, et alius fructuosior in eius locum mulieri detur, quae patri heres extitit.*

*ngum*, oder, wie es in der andern Stelle heißt, *praedia idonea emat*. Es fragt sich aber, was Paulus unter einem fundus idoneus, oder praedium idoneum für ein Grundstück versteht? Der Ausdruck *idoneus, idoneum*, bezeichnet sowohl bey den römischen Classikern, als in den Pandecten, was zu dem Zweck tauglich und geschickt ist, wozu es dienen soll, es sey von Personen oder Sachen die Rede. Von Personen, z. B. Debitor idoneus, ein Schuldner, der solvent ist. Defensor idoneus, der die erforderliche Satisdation leisten kann. Fideiussor idoneus, ein sicherer Bürge, der nicht nur begütert, sondern auch leicht zu belangen ist. Tutor idoneus, ein Vormund, der nicht nur ein sicherer Mann ist, und erforderlichen Falls den Pupillen entschädigen kann, sondern auch ein redlicher Mann ist, dem man eine Tutel übertragen kann. Testis idoneus, ein tüchtiger, glaubwürdiger Zeuge [40]). So wird hingegen maritus *minus idoneus* [41]) derjenige genennt, cuius facultates ad dotis exactionem non sufficiunt [42]). Von Sachen, z. B. Cautio idonea, eine Caution, die durch Bürgen oder Pfand geleistet wird. Idonea pignora, Pfänder, welche Sicherheit gewähren. Nomina idonea, sichere Schuldforderungen, oder Kapitalien. Bona idonea, Güter, welche zur Bezahlung der Schulden hinreichend sind. Paries idoneus, eine Mauer, die tauglich ist, das Gebäude, welches auf ihr ruht, zu tragen. Boves non ido-

40) Statt alle die Beweisstellen aus dem Corp. iur. civ. hier anzuführen, verweise ich auf Brissonii Opus de Verb. iur. Significat Voc. *Idoneus*. Man vergleiche auch Gesneri Thes. erudit. Scholast. h. v.

41) *L.* 30. §. *Omnis. C. de iure dot.*

42) *L.* 24. pr. *D. h. t.*

nei, Ochsen, welche nicht tauglich waren zu dem Zweck, wozu sie vermiethet worden, nämlich ein Grundstück damit zu beackern[43]). Ueberall wo das Wort idoneus vorkommt, wird sich also immer eine Verbindung mit einem gewissen Zweck finden, aus welcher die nähere Bestimmung desselben hervorgeht. So kann denn auch wohl in unserer paulinischen Stelle fundus idoneus, oder praedium idoneum in der Verbindung, in welcher dieser Ausdruck hier vorkommt, keine andere Bedeutung haben, als daß ein solches Grundstück darunter verstanden wird, welches zu dem Zweck taugt, wozu es gekauft werden soll. Durch die Zurückgabe der dos sollte nun der Frau nichts geschenkt werden, es konnte ihr auch kein Geschenk gemacht werden; sondern die Dos sollte bleiben, und nur in einer neuen Form fortbestehen. Es kann also das Beywort idoneus gar keine andere Beziehung haben, als die, welche den Zweck der *dos* betrifft, folglich der Ausdruck *fundus idoneus* hier nichts anders heißen, als fundus, qui, ut matrimonii oneribus inserviat, aptus et sufficiens est, wie auch Brisson diesen Ausdruck erklärt hat. So characterisirt denn auch das Wort idoneus den Zweck hinlänglich, weswegen eine sonst ungültige Rückzahlung der dos gültig seyn soll, und die Worte *non perditurae uxori*, deuten sichtbar dahin, daß man zur Frau das Zutrauen habe, sie werde das Zurückerhaltene auch wirklich zu dem Zweck verwenden. Der Frau kann nun daran gelegen seyn, daß das dem Manne zur dos inferirte Geld in ein Grundstück verwandelt werde. Darum zahlt der Mann die dos, in pecunia numerata consistens, der Frau zurück, weil das dafür anzuschaffende Grund-

43) Wegen der Beweisstellen sehe man auch hier Brissonius c. l. der noch viel mehrere Beyspiele angeführt hat.

stück ebenfalls dos werden soll. Nun lassen sich allerdings mancherley Gründe denken, warum es der Frau lieber ist, statt eines Kapitals in Gelde, ein Grundstück zur dos zu haben. Denn nicht zu gedenken, daß ihr ein solches Grundstück mehr Sicherheit gewährt, als ein Kapital, welches auch ohne des Ehemanns verantwortliche Schuld gar leicht verloren gehen kann, dahingegen der Mann ein solches Grundstück zur Zeit des Paulus wenigstens nicht ohne die Einwilligung der Frau veräussern durfte, nach dem neuern Rechte aber auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung gültig veräussern kann[44]; so muß ja auch das Grundstück nach getrennter Ehe sogleich zurückgegeben werden. Ueberdem kann ja auch der fundus, den die Frau für das Dotalgeld kaufen will, viel einträglicher seyn, als das auf Zinsen auszuleihende Geld. Ein solches Grundstück kann ihr auch, so wie ihrem Manne, wenn sie in Prozesse verwickelt werden, sehr nützlich seyn, weil der Besitz eines fundus von Cautionen im Proceß befreit[45]. Bey dem allen aber läuft doch alles am Ende dahinaus, daß der fundus, welcher für das Geld gekauft werden soll, an sich auch müsse dazu tauglich seyn, um aus dem Ertrage desselben die Lasten der Ehe bestreiten zu können, weil ja dadurch wieder eine dos, nur in einer andern Form, bestellt werden soll. Hierauf gehen denn auch die griechischen Ausdrücke, welche in den Basiliken gebraucht werden, um den fundus idoneus zu bezeichnen. In der *L.* 73. §. 1. *D. de iure dotium* heißt es[46]: *ἵνα ἀγρὸν ἐπιτήδειον ἀγοράσῃ*, das Wort

44) *L. un.* §. 15. *Cod. de rei uxor. act.*

45) *L.* 15. *pr. et* §. 3. *D. Qui satisdare cogant.*

46) *Basilica* Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 69. pag. 526.

ἐπιτήδειος bedeutet aber soviel als aptus, habilis, sufficiens, und daß dieses auf den Ertrag gehe, erhellet noch deutlicher, wenn in der *L.* 20. *D. h. t.* die praedia idonea im Griechischen [47]) durch ἀγροὺς ἐυπορωτέρους erklärt werden; ἀγρὸς ἐυπορώτερος ist aber nichts anders, als fundus fertilior oder fructuosior, von πόρος, Mittel etwas zu erwerben. Daher: εὐπορία, Vermögen, und ἐυπόρως, bemittelt, wohlhabend, reich, überflüßig [48]). So würde es also mit dem lateinischen Sprachgebrauche sehr wohl zu vereinigen seyn, wenn man mit der Glosse die Worte: *ut fundum idoneum emat*, in Beziehung auf eine permutatio dotis erklärt. Denn daß eine solche permutatio dotis während der Ehe durch Uebereinkunft der Ehegatten geschehen könne, insofern sie der Frau vortheilhaft ist, hat keinen Zweifel [49]). Dahin ging auch die Entscheidung des Scävola in der oben erklärten *L. ult. D. de iure dot.* Die Zurückgabe der dos, während der Ehe, ist ferner gültig,

4) wenn sie der Frau geschieht, um nahe Verwandte, die in große Dürftigkeit gerathen sind, ihre armen Kinder, die sie mit einem an-

47) *Basilic.* T. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 20. pag. 347.

48) Man sehe Schneider's oder jedes andere griechische Lexikon.

49) *L.* 25. *L.* 26 *et* 27. *D. de iure dot. L.* 21. *D. de pactis dotal. L.* 7. *D. de tutoribus et curat. dat.* S. Gentilis Lib. IV. cap. 22. pag. 493. Eine andere Erklärung von fundus idoneus giebt Herr Prof. Hasse in dem oben angeführten Versuche, (Zeitschrift. V. B. S. 333.) es soll ein Grundstück seyn, das Sicherheit gewährt als Pfand.

dern Manne erzeugt hat, oder ihre dürftigen Eltern, oder Geschwister zu unterstützen, oder dieselben aus der Gefangenschaft zu befreien, oder wenn ein solcher naher Verwandter relegirt oder auf eine Insel verwiesen worden ist, demselben den Unterhalt zu verschaffen. Paulus sagt in der *L. 20. h. t.* ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret[50]; und in der *L. 73. §. 1. D. de iure dot.* heißt es, ut in exilium, ut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat. Unrichtig zählen einige[51] diese Fälle zu denjenigen, wo die Frau die Zurückgabe ihrer dos während der Ehe von Rechts wegen fordern könne. Allein man hat hier von der Ali-

50) Vermuthlich hatte Sabinus, über den Paulus commentirte, nur die beyden vorhergehenden Ursachen angeführt. Diesen fügte nun hier Paulus noch einige hinzu, aus denen der Frau ebenfalls die dos während der Ehe auf eine gültige Art zurückgegeben werden könne. So erklärt sich der Zusammenhang seiner Rede. *Quamvis* mulier — *sed* ut liberis, welches soviel heißt, als, wenn auch gerade nicht, um Schulden zu bezahlen ꝛc. sondern ꝛc.

51) S. Hauck Diss. de uxore dotem constante matrimonio repetente, welcher §. 10. die Regel aufstellt: *Ubicunque uxor constante matrimonio, aut de dote plane vel maxima ex parte amittenda periclitatur et laborat, aut ex substantia vel fructibus dotis, aliis quicquam ex iuris necessitate praestare tenetur, aut denique finem illatione dotis quaesitum, omnino amplius assequi nequit, ibi ius habet, dotem, etiam a marito ut et a tertio repetendi.*

mentationspflicht einen ganz unrichtigen Schluß auf die Verbindlichkeit des Mannes, zur Herausgabe der dos gemacht. Dieß kann schon darum nicht folgen, weil ja der Ehemann die armen Verwandten der Frau nicht zu ernähren schuldig ist, und er die dos selbst titulo oneroso, nämlich als Beytrag zu den Lasten der Ehe, bekommen hat. Der Mann kann also rechtlich nicht genöthiget werden, zu solchen Zwecken die dos ganz oder auch nur zum Theil zurückzuzahlen. Beyde Ehegatten müssen sich vielmehr dazu freywillig entschließen[52]). Wenn hier unter den Personen, zu deren Unterhalt der Frau ihre dos während der Ehe auf eine gültige Art zurückgegeben werden kann, auch der *egens vir* von Paulus in der *L.* 73. §. 1. *D. de iure dot.* aufgeführt wird; so entsteht die Frage, wen Paulus damit gemeint habe? Herr Professor Hasse[53]) hat aus sehr erheblichen Gründen dargethan, daß in Verbindung mit der *L.* 20. *h. t.* (denn daß beyde Stellen wahre Parallelstellen sind, leidet keinen Zweifel) unter dem egens vir kein anderer Mann zu verstehen sey, als der *alius* vir, von dessen Kindern in in der angeführten *L.* 20. (ut liberis *ex alio viro* egentibus) die Rede ist, also ein Mann früherer Ehe. Denn der Mann selbst, der die Dos zurückzahlt, kann es ja wohl nicht seyn. Von diesem maritus inops ist in der *L.* 24. *pr. D. h. t.* die Rede. Wollte man diesen Fall hierher ziehen, so streitet dagegen alles, was oben über die Vermischung dieser heterogenen Fälle, und das Vermischen des potest mit dem debet gesagt worden

52) *L.* 66. §. 6. *D. h. t.*

53) S. den angef. Versuch in der Zeitschrift. 5. B. S. 323—326.

ist. Nun wird hier der Vir egens mit solchen Personen zusammengestellt, (fratrem sororemve) bey denen ein bloßes Können, nicht ein Müssen eintritt. Eine so nahe Zusammenstellung des Mannes mit dem Bruder, oder der Schwester wäre schon darum ganz fehlerhaft, weil es hier der Dritte, der Bruder, die Schwester, ist, welche unabhängig vom ehelichen Verhältniß, also als extraneus, hauptsächlich und allein ernährt werden soll. Dahingegen hängt Alles vollkommen zusammen, wenn man sich den Fall denkt, daß die Frau aus einer früheren Ehe einen noch lebenden Mann hat, von dem sie bona gratia geschieden ist. Nun mochte zwar wohl der Fall bey den Römern so häufig nicht gewesen seyn, daß die Frau mit der Armuth ihres geschiedenen Mannes soviel Mitleid hatte, oder daß ihr jetziger Mann, um den geschiedenen Mann seiner Frau in seiner Dürftigkeit zu unterstützen, sich hätte bewegen lassen, das Heyrathsgut seiner Frau noch während der Ehe zurückzugeben, daher auch nur der Kinder ex alio viro Erwähnung geschieht. Auf die Seltenheit des Falles kommt indessen auch gar nichts an. Genug wenn ihr jetziger Mann wohlhabend ist, und durch Rückzahlung der dos dem Mitleidsgefühle der Frau nachgiebt; so hat er nicht Unrecht gethan.

Es ist aber doch merkwürdig, daß Paulus in keiner von beyden Stellen sagt, daß aus den von ihm angeführten Ursachen die Zurückgabe der dos auf eine rechtmäßige Art von dem Manne während der Ehe geschehen könne, sondern impersonaliter spricht: dos *reddi potest* uxori, dos recte *mulieri solvitur*. Es kommt also wohl nicht darauf an, wer die dos zurückgiebt. Die Rückgabe kann also auch wohl aus den angeführten Ursachen von einem andern, als dem Ehemann, rechtmäßig geschehen, es ver-

steht sich, von einem solchen, der übrigens für die dos verantwortlich ist. Man denke sich, daß der Schwiegervater die dos in Händen hat [54], der Mann aber, es sey durch Unglücksfälle, oder durch seine Schuld, verarmt. Die Frau hat zwar noch einiges Vermögen, dieß hat sie aber zu ihrem eignen Unterhalt nöthig. Um ihren Mann unterhalten zu können, erhält sie die dos von ihrem Schwiegervater zurück. Sollte hier ein Verwechseln des potest mit dem debet behauptet werden können? Hätte der verarmte Mann die dos in Händen, so würde die *L.* 24. *pr. D. h. t.* und also das debet eintreten. Allein der Schwiegervater besitzt die dos. Dieser ist vollkommen solvent. Bey diesem kann also nur von einem Können, nicht von einem Müssen die Rede seyn Was der Schwiegervater der Schwiegertochter schenkt, ist zwar eben so gut, als wenn es ihr von dem Manne selbst wäre geschenkt worden [55]. Allein wie könnte die Zurückgabe der dos in dem gegenwärtigen Falle für eine unerlaubte Schenkung gehalten werden? Der Schwiegervater hat ja das Gesetz für sich: Manente matrimonio non perditurae uxori dos reddi potest, *ut egentem virum sustineat.* Gewiß dachte hier Paulus eher an den jetzigen Mann, als an einen geschiedenen; zumal da der Fall so häufig war, daß die dos nicht dem Manne, sondern dem Schwiegervater gegeben wurde, wie die vielen oben angeführten Gesetze beweisen. Es bleibt doch immer ein sehr merkwürdiger Umstand, daß Paulus nur der Kinder *ex alio viro* gedenkt. Hier konnte ihm un-

54) S. Gentilis de donat. inter V. et U. Lib. IV. cap. 23. pag. 483.

55) *L.* 32. §. 16. *D de donat. inter vir. et uxor.*

möglich der Fall entgehen, daß auch vielleicht dieser Mann noch am Leben, und selbst dürftig seyn könnte. Sollte nun dieß etwa der egens vir seyn, den Paulus in der *L.* 73. §. 1. *de iure dot.* mit dem Bruder oder Schwester der Frau zusammenstellt, ja sollte es dieser allein seyn, zu dessen Unterhalt ihr der dos zurückgegeben werden kann, weil von der Verarmung ihres jetzigen Mannes in der *L.* 24. *pr. h. t.* die Rede ist, so wäre es doch etwas auffallend, diesen in seiner Art doch wirklich etwas seltnen Fall nur so obenhin zu berühren, als falle ein jeder schon von selbst darauf, eben so, als wenn von einer armen Schwester, oder Bruder der Frau die Rede ist. In dieser Hinsicht wäre denn auch in der nahen Zusammenstellung des Ehemannes mit dem Bruder und der Schwester der Frau eben kein Fehler zu finden. Paulus führt hier Fälle an, wo der Frau ihre dos auch schon während der Ehe auf eine gültige und rechtmäßige Art zurückgegeben werden kann. Dahin rechnet er denn unter andern auch den Fall, wenn ihr die dos zurückgegeben wird, um dürftige Personen, mit denen sie in einer nahen Verbindung steht, davon zu ernähren. Ob eine solche dürftige Person mit der Frau in einem ehelichen Verhältniß lebt, oder unabhängig davon, wie frater sororve egens, war ja wohl gleichgültig. Wie hätte denn aber Paulus mit so nahen Verwandten, den geschiedenen Mann der Frau zusammenstellen können, eine Person, mit welcher sie jetzt in gar keiner Verbindung mehr steht?

Uebrigens fügt Paulus noch am Schlusse der *L.* 20. *h. t.* die Worte hinzu: idque et in filiafamilias observatur. Wenn also gleich sonst der Frau die dos nicht ohne den Willen ihres Vaters, in dessen Gewalt sie noch ist, zurückgegeben werden darf, wie oben schon

bemerkt worden ist, so scheint doch in diesem Falle eine Ausnahme Statt zu finden [56].

Ob nicht auch noch aus anderen Ursachen, als welche Paulus genannt hat, die Zurückgabe der dos auf eine erlaubte Art geschehen könne, ist eine Frage, die wohl noch verdient hier berührt zu werden. Franz Duaren [57] trägt kein Bedenken sie zu bejahen. Generaliter ergo dicendum est, sagt er, *quoties honesta aliqua ratio suadet*, dotem impendendam esse a muliere, recte maritum eam solvere. Haec enim exempla *rei demonstrandae gratia* hic adducuntur, non ut in aliis casibus, in quibus eadem videbitur ratio, solvi dos non possit. Ich glaube, Duaren hat nicht Unrecht. Denn es kommen ja hin und wieder noch andere Fälle vor. Gleich die nächstfolgende Gesetzstelle, die *L.* 21. *D. h. t.* enthält dergleichen. Da sagt Ulpian:

Sed et si ideo maritus ex dote expendit, ut a latronibus redimeret necessarias mulieri personas, vel ut mulier vinculis vindicet de necessariis suis aliquem [58]: reputatur ei id, quod expensum

56) S. *Franc.* Duarenus Commentar. in h. Tit. ad L. 20. (*Oper.* pag. 276.) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 383. hat die angeführten Worte der Scholiast so erklärt: *τοῦ ἀυτοῦ κρατουντος νομίμου, κἂν ὑπεζουσία οὖσῃ τῇ γυναικὶ κατεβλήθη ἡ προῖξ.* i. e. *Quod ius etiam observatur, si mulieri, quae in patris potestate est, dos soluta fuerit.*

57) Cit. loco.

58) Der griechische Scholiast in den *Basil.* T. IV. pag. 383. hat dieses so erklärt: *εἰ δὲ καὶ συγγενεῖς τῆς γυναικός ὑπό λῃστῶν ὑπεβλήθησαν, καὶ εἰς ἀνάῤῥυσιν ἀυτῶν δέδωκε τῇ γυναικὶ τὴν προῖκα ὁ ἀνήρ.* i. e. *Sed et*

est: sive pars dotis sit, pro ea parte, sive tota dos sit, actio dotis evanescit. Et multo magis idem dicendum est, si socer agat de dote, debere rationem haberi eius, quod in ipsum impensum est: *sive ipse maritus hoc fecit, sive filiae, ut faciat, dedit.* Sed et si non pater experiretur, sed post mortem eius filia sola de dote ageret, idem erit dicendum. Cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, inesse hunc sumtum actioni de dote: maxime, si ex voluntate filiae factus sit.

In allen den Fällen, wo die dos der Frau während der Ehe zurückgegeben werden kann, wird jedoch erfordert, daß die Frau die zurückerhaltene dos auch wirklich zu dem angegebenen Zweck verwende. Nicht nur Paulus deutet hierauf in den Worten der *L.* 73. §. 1. *D. de iure dot.* non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest, sondern eben dieses bestärckt auch Ulpian, wenn er in *L.* 22. §. 1. *D. h. t.* sagt: Ceterum si non perditurae, et *ex iustis causis* soluta sit (dos), non supererit actio.

Ist nun also die Zurückgabe der dos nicht nur aus einer rechmäßigen Ursache geschehen, sondern es ist die dos auch derselben gemäß von der Frau wirklich verwendet worden, so findet 1) von Seiten des Ehemannes nachher keine Zurückforderung statt, und 2) der Mann wird dadurch von seiner Verbindlichkeit wegen der Restitution der dos befreit. Actio dotis evanescit, sagt

*si cognati mulieris capti erant ab hostibus, et ad eos redimendos mulieri dotem maritus dederit.*

Ulpian in *L. 21. D. h. t.* si *tota dos* sit, sive, si pars dotis sit, *pro ea parte.* Nur in dem Falle, da die Dos wegen Verarmung des Mannes während der Ehe der Frau zurückgegeben werden mußte, fällt die Dos, wenn der Mann nachher wieder zu Vermögen kommt, mit allen Rechten an ihn wieder zurück [59].

§. 1276. c.

Unterschied in Absicht auf die Zeit der Zurückforderung der Dos.

In Absicht auf die Zeit der Zurückforderung des Heyrathsguts ist in Gemäßheit der *L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act.* ein Unterschied zu machen, ob die Dos in beweglichen oder unkörperlichen Sachen besteht, oder in Grundstücken.

1) Bey beweglichen und unkörperlichen Sachen hat Justinian die ehemalige dreyjährige Frist in die Frist von einem Jahre verwandelt, nach deren Ablauf die dos zurückgefordert werden kann.

2) Unbewegliche Dotalgüter hingegen sollen sogleich nach getrennter Ehe zurückgegeben, und die Früchte von diesem Augenblick an restituirt werden.

In dem Falle nun, da die Dos nicht gleich nach getrennter Ehe zurückgefordert werden kann, sondern dem Manne, wie bey den beweglichen und unkörperlichen Sachen, z. B. ausgeliehenen Kapitalien, eine bestimmte Frist zur Zurückgabe gesetzt ist, findet seine Anwendung, was Ulpian sagt in *L. 24. §. 2. D. h. t.*

59) S. *Ant.* Merenda Controvers. iuris Tom. III. Lib. XVI. Cap. 36. S. auch von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 43. Not. z.

Quotiens mulieri satisdandum est *de solutione dotis post certum tempus*, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui repraesentatur. Sed si, cum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum, MELA ait, non habita ratione commodi temporis. Judicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis eum condemnet: quod quidem hodie magis usurpatur: nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem.

Wir lernen hieraus, daß der Mann in diesem Falle der Frau wegen der zu seiner Zeit erfolgenden richtigen Auszahlung der Dos Sicherheit leisten muß, und zwar durch Bürgen. Kann er keine Bürgen finden, so muß er die Dos sogleich zurückgeben, jedoch kann er die Summe der Zinsen, die er bis zur Zeit der Restitution hätte ziehen können, (Interusurium) abziehen. Dieß ist der Sinn der Worte: *tunc deducto commodo temporis* [60]), *condemnatio residui repraesentatur.* Denn repraesentare heißt hier so viel als das, was nach Abzug des Interusuriums von der Dos noch übrig ist, sogleich, und ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Frist, herausgeben [61]).

60) Richtiger lesen hier die glossirten Ausgaben *medii* temporis. Mit dieser Lesart stimmen auch die *Basilica* überein. In diesen heißt es Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 24. pag. 351. γίνεται ἡ καταδίκη παραχρῆμα παρεχομένου ἀντῷ τοῦ κέρδους τοῦ μέσου χρόνου: i. e. *illico fit condemnatio praestito ei lucro* MEDII *temporis.*

61) S. *Jo. Lud. Guil.* BECK Diss. de Fabio Mela Iuris-

Dieses Vortheils der Zwischenzeit macht sich jedoch der Mann verlustig, wenn er Caution leisten könnte, solche aber aus Ungehorsam verweigert. Hier wird er zur unverzüglichen Herausgabe der Dos, ohne Abzug, verurtheilt. Der Richter hat es jedoch zu beurtheilen, welches besser sey, den Mann Caution leisten zu lassen, oder ihn, mit Abzug des Interusuriums, sogleich zur Restitution der Dos zu verurtheilen, wenn es auch gleich der Frau lieber wäre, daß der Mann, nach Ablauf der gesetzlichen Frist, die Dos, ohne Abzug, restituirte. Daß diese gesetzlichen Bestimmungen auch bey der neuen Frist, welche Justinian der Zurückgabe der Dos gesetzt hat, Anwendung finden, war auch die Meinung der griechischen Scholiasten [62]).

Wird die Dos nach Ablauf eines Jahres von Zeit der getrennten Ehe an gerechnet, nicht zurückgegeben, so

cons. eiusque fragmentis, praes. *Christ. Gottl.* Haubold def. *Lipsiae* 1806. §. 19.

62) In den Scholien der Basiliken. Tom. IV. pag. 388. Sch. m. heißt es nämlich: *Ἐὰν ἐγγύας χρὴ δοθῆναι τῇ γυναικὶ περὶ τοῦ ἴσως τοῦ διορισμένου τῇ διατάξει χρόνου ἀπαιτηθῆναι αὐτῇ τὴν προῖκα, τουτέστι τὰ κινητὰ τῆς προικὸς ἐνιαυτοῦ, καὶ μὴ δυνῆται ὁ ἀνὴρ ταύτην παρασχεῖν τὴν ἐγγύην, τότε ὑπεξαιροῦμεν αὐτῷ τὸ ἐκ τοῦ χρόνου κέρδος, καὶ εἰς τὰ λοιπὰ παραχρῆμα καταδικάζεται*: i. e. *Si mulieri fideiussores dari oporteat, de dote ei reddenda intra tempus constitutione definitum, nempe rebus dotalibus mobilibus intra annum, nec maritus fideiussores dare possit, tunc ei deducimus commodum temporis, et in residuum statim condemnatur.*

muß sie vom Ablaufe jenes Jahres an mit vier Procent verzinset werden. Justinian sagt in der *L. un. §. 7. C. de rei uxoriae act.*

*Exactio* autem *dotis* celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo *intra annum* in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus: ceteris videlicet rebus, quae solo continentur, *illico* restituendis. — Sin autem supersederit res mobiles, vel se moventes, vel incorporales *post annale tempus* restituere, vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium: etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet: fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii praestandis.

Der Ausdruck exactio dotis kann hier wohl nicht so verstanden werden, als wenn der Mann nach Ablauf der gesetzlichen Fristen erst aufgefordert werden müßte, wenn eine mora desselben anzunehmen, und er zur Bezahlung der Zinsen und Erstattung der Früchte gehalten seyn solle. Nein, er ist auch unaufgefordert, absque exactione, schuldig, mit dem Ablaufe der gesetzlichen Termine den Brautschatz herauszugeben. Die Dos kann freylich nicht eher, als nach Ablauf des gesetzlichen Termins zurückgefordert werden; allein die mora tritt gleich mit dem Ablaufe der gesetzlichen Frist ein, weil der Schuldner, wo das Gesetz den Zahlungs Termin bestimmt, und sogar, wenn in demselben die Zahlung nicht erfolgt, die Größe der Verzugszinsen bestimmt hat, nicht zur Zahlung

aufgefordert zu werden braucht [63]). Man denke an die Regel: lex interpellat pro homine [64]).

Man behauptet insgemein, wenn die Frau kein weiteres Vermögen besitzt, so könne sie während jenes Jahrs von dem Manne, oder dessen Erben die Alimente fordern. Schon Accursius hielt dieses für billig, und der große Cujaz [65]) fand kein Bedenken, ihm hierin beyzustimmen. Allein ganz anderer Meinung ist Anton Merenda [66]). Soviel ist richtig, daß Justinian in der angeführten Gesetzstelle davon nichts sagt. Der Mann brauchte vor Justinian erst in drey Jahren die Dos zu restituiren, wenn sie in Sachen bestand, quae pondere, numero, mensura consistunt; und doch findet sich in den Fragmenten der alten Röm. Juristen keine Spur, daß die Frau während dieser gewiß sehr langen Zeit Alimente hätte fordern können. Vielmehr wird dem Manne der Genuß des Interusuriums gestattet, der ihm dadurch entzogen werden würde, ihm aber doch nur dann entzogen werden kann, wenn er sich weigert, der Frau die verlangte Caution zu leisten. Die Erben des Mannes sind vollends nicht schuldig, die Wittwe ihres Erblassers zu ernähren. Die Armuth giebt ihr auch kein Recht gegen sie. Ueberhaupt aber käme es ja auch noch immer darauf an, ob auch die Revenüen des Heyrathsguts soviel betragen, als

63) Anders in Theod. Hagemanus practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 6. B. Erört. LXXVII. S. 325. f.

64) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 329.

65) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. Auch Dabelow Grds. des Eherechts. §. 309.

66) Controversiae iuris. Lib. II. cap. 44.

ihr Unterhalt, sonst wäre es ja schon an sich widernatürlich [67]).

Wenn Justinian noch hinzufügt, similique modo pensionibus, vel vecturis navium sive jumentorum, vel operis servorum, vel quaestu civilium annonarum, et aliis, quae sunt eis similia, parti mulieris restituendis; so kann dieses auf zweyerley Art verstanden werden,

1) so, daß man das simili modo auf die Früchte oder den Ertrag solcher Sachen bezieht. Dann wäre der Sinn der, daß bey solchen nicht unbeweglichen Sachen, welche Einkünfte gewähren, die von Andern zu prästiren sind, wie z. B. jährliche Gefälle und Hausmiethzinsen, Fuhrlohn von Schiffen, oder Lastthieren, desgleichen Sklaven Dienste, und quaestus annonarum civilium, welcher in einer Einnahme von gebackenem Brode bestand, das aus dem kaiserlichen Proviant-Magazine gewissen Bürgern zu gewissen Zeiten ausgetheilt wurde, auf deren Häusern dieses Privilegium haftete [68]); wenn solche Sachen nicht binnen einem Jahre restituirt werden, eben so, wie bey den unbeweglichen Dotalgütern, die Früchte derselben restituirt werden sollen. Denn die dem Manne vom Gesetz gegebene Frist berechtiget den Mann nicht, sich diese Früchte und Einkünfte während des Dilations-Jahres zuzueignen, weil nach dem §. 9. *L. un. C. eodem*: foetus jumentorum, et omnia, quae *fructuum* nomine

67) S. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. B. §. 463.

68) S. *Cod. Theod. Lib. XIV. Tit.* 17. *de annonis civicis* und *Iac.* Gothofredi Commentar. ad L. 2. C. Th. de frumento urbis Constantinop. T. V. pag. 263. et 265. edit. *Ritter.*

continentur, dem Manne nur pro tempore matrimonii gehören sollen, sive aestimata sive non aestimata sint [69]). Man kann aber auch

2) die Worte: simili modo von der Zeit der Zurückgabe verstehen, so daß diese Sachen, wenn sie gleich an sich bewegliche sind, doch eben so, wie die unbeweglichen, sogleich nach getrennter Ehe, restituirt werden sollen [70]). Diese letztere Erklärung entspricht dem Zusammenhange der Worte mehr, und hat diejenigen Gesetzstellen [71]) für sich, in welchen mancipiorum, annonarum quoque civilium ususfructus, ferner wo certarum reddituum, vel pensionum, nec non panis civilis quaestus den unbeweglichen Dotalgütern gleichgeachtet werden.

## §. 1276. d.

### Theilung der Früchte des letzten Jahrs.

Soviel die Früchte der dos anbetrifft, so ist ein Unterschied zu machen zwischen denen, die vor der Ehe, dann die während derselben, und die nach deren erfolgten Trennung gezogen worden sind. Erstere und letztere sind mit dem Heyrathsgute zu restituiren. Denn jene vermehren die Dos, und werden als ein Theil der

69) So *Ant.* Merenda Controvers. iuris lib. II. Cap. 34.

70) So *Jac.* Cujacius Recitat. ad L. un. §. 7. C. de R. U. A. *Hub.* Giphanius in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad §. Cum autem Cod. de rei uxor. act. pag. 418. und *Eduard.* Schrader Commentat. de divisione fructuum dotis. *Helmst.* 1805. 4. §. 24.

71) *L. 6. §. 1. Cod. de secund. nupt. L. ult. §. 2. Cod. de iure dot.*

selben angesehen [72]). Diese sind eine Folge des Verzugs [73]). Nur die Früchte der Dos, die der Mann während der Ehe gezogen hat, so lange die Hauptsache Dotalgut war, gehören dem Manne [74]). Je-

72) *L.* 6. *D. h. t.* Paulus. Si *ante nuptias* fundus traditus est, — et fructus inde percepti, hi restituendi sunt, quandoque divortio facto, *quasi dotis facti.* — *L.* 31. §. *ult. D. eodem.* Julianus. Si fundum dotalem recepisset mulier, non habita ratione fructuum pro portione anni, *quo nupta non fuisset*, nihilominus de dote agere potest: quia minorem dotem recepisset. *Hoc enim ad dotis augmentum pertinet:* quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata, vel hereditates, quae post divortium per servos dotales adquisitae marito fuissent. *L.* 47. *D. de iure dot.* Julianus. Si servo in dotem *ante nuptias* dato, donatum aliquid vel legatum *ante nuptias* fuisset, ampliatur dos, sicut *ex fructibus fundi*, qui *ante nuptias* traditus est.

73) *L.* 38. §. 1. *D. de usuris et fructib. L. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.* Verb. fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris *ex tempore dissolati matrimonii* praestandis.

74) *L.* 7. §. 1. *D. de iure dot.* Ulpianus. Si fructus constante matrimonio percepti sint, *dotis non erunt:* si vero *ante nuptias* percepti fuerint, *in dotem* convertuntur, nisi forte aliquid inter maritum futurum et destinatam uxorem convenit: tunc enim, *quasi donatione facta*, fructus non redduntur. Durch ausdrückliche Uebereinkunft, wenn sie vor der Ehe getroffen wird, kann also festgesetzt werden, daß der Mann die Früchte, die er vor der Ehe gezogen hat, behalten solle. Die Früchte während der Ehe gehören dem Manne pro oneribus matrimonii. *L.* 20. *C. eodem.* Es müssen nur aber wirkliche Früchte seyn. Denn alles, was der

doch werden die Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden ist, getheilt zwischen dem Manne oder desselben Erben, und demjenigen, welchem die Dos zu restituiren ist, es sey die Frau, der Schwiegervater, oder deren Erben. Eadem conditio erit, sagt Ulpian in der *L. 7. §. 15. in fin. D. h. t.* si cum socero, vel cum herede alterutrius, de dote agatur, wo er hauptsächlich von der Theilung der Früchte des letzten Ehejahres handelt. Die Theilung selbst geschieht nach dem Verhältniß der Dauer des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden. Es gehört hierher vorzüglich die *L. un. §. 9. C. de rei ux. act.*

Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus *pro rata temporis portione* utrique parti debere adsignari, commune utriusque actionis est, *in rebus scilicet non aestimatis.* Aestimatarum enim rerum maritus quasi emtor, et commodum sentiat, et dispendium subeat, et periculum exspectet [75]).

Mann während der Ehe erhalten hat, und nicht wahre Frucht ist, muß er restituiren. S. *L. un. §. 9. C. de R. U. A.* Itaque partus dotalium ancillarum, id est, quae aestimatae non sunt, vel quae servi dotales ex quacunque causa (nisi ex re mariti, vel operis suis) acquisierunt: ad mulierem pertinere, utraque actio similiter voluit. Foetus autem iumentorum, et omnia, quae *fructuum* nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant *pro tempore matrimonii*, sive aestimata, sive non aestimata sint.

75) Daß die Früchte des letzten Jahres, da die Ehe bestand, nach dem Verhältniß der Zeit zu theilen sind, ist auch schon in früheren Gesetzen gegründet. Man vergleiche

Es erhellet zugleich aus dieser Gesetzstelle, daß von einer Restitution oder Vertheilung der Früchte die Rede nur denn seyn kann, wenn die Dos dem Mann nicht käuflich überlassen worden ist, denn sonst geht Gewinn und Verlust auf ihn, als Käufer, über.

Bey der Vertheilung der Früchte des letzten Jahres[76]) kommt es nun zunächst darauf an, von welchem Zeitpunkt

*L.* 78. §. 2. *D. de iure dot. L.* 11. *D. Soluto matrim.* und außerdem Paulus *Sententiar. Receptar. Lib. II. Tit.* 22. §. 1. (in Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 310.)

76) Man vergleiche über diese schwierige Materie *Udal.* Zasii Commentar. in LL. 5—7. D. Soluto matrim. *Opp.* Tom. II. *Lugd.* 1550. f. pag. 34. sqq. *Jac.* Cujacii Comm. in libr. X. Quaestion. Papiniani ad §. Papinianus L. 7. D. Sol. matrim. (*Opp. postumor.* a Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 292. sqq.) et Observation. Lib. XIV. cap. 22. *Franc.* Duarenus Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 60. *Ant.* Merenda Controvers. iur. Lib. III. cap. 10. *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Lib. VIII. cap. 10. *Andr.* Alciatus Paradox. Lib. III. cap. 1. *Iul.* Pacii Commentar. ad Papinianum de fructibus dotis dividendis: adj. *Eiusd.* libro sing. ad novam Imp. Friderici constitutionem. *Spirae* 1596. p. 94. sqq. *Hug.* Donellus Commentarior. iur. civ. Lib. XIV. cap. 7. §. 9. sqq. Bachov ad *Treutlerum.* Vol. II. Disp. VII. Th. 12. lit. C. *Adolph. Fr.* Trendelenburg Diss. de iure fructuum inprimis post Augustum maturescentium. *Bätzovii* 1771. §. 8—12. pag. 28—49. *Bav.* Voorda Diss. ad L. 7. §. 1. D. Soluto matrim. (adj. *Eiusd.* Thesib. controv. *Lugd Batavor.* 1796. 8. pag. 389. sqq.) und vorzüglich *Ed.* Schrader Commentat. de divisione fructuum dotis. *Helmst.* 1805. 4.

an der Anfang des letzten Jahres zu rechnen sey? Diese Frage entscheidet Ulpian in der *L. 6. D. h. t.* genommen aus dessen *libro XXX. ad Sabinum.* Hier heißt es:

De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus? *Et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae, neque nuptiarum observabitur: sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est, tradita possessione.*

Ist also von Theilung der Früchte des letzten Jahres die Rede, da die Ehe getrennt worden ist, (denn das heißt hier divisio anni, *annus* wird hier in Beziehung auf die Früchte genommen, wie sich aus den folgenden Worten näher ergiebt) so ist in Ansehung der Früchte, die noch als in der Ehe erworben anzusehen sind, der Anfang des Jahres von der Zeit anzurechnen, da die Ehe dotirt war. Nun lassen sich zwey Zeitpunkte unterscheiden. Die Zeit, da die Ehe ihren Anfang nahm, und die Zeit, da die Brautgabe dem Manne übergeben wurde. Fallen beyde Zeitpunkte zusammen, so entscheidet sich der Anfang des Jahres von selbst; in dem entgegengesetzten Falle aber beginnt das Jahr von dem Zeitpunkt, welcher von beyden der spätere war. War also die Dos schon vor der Ehe übergeben, so berechnet sich das Jahr nach dem Zeitpunkte, da die Ehe vollzogen ward. Denn Sachen, die vor der Ehe zum Brautschatz gegeben worden sind, werden nicht eher Dos, als von dem Tage der Ehe an, weil eine Dos ohne Ehe undenkbar ist [77]): Ist

77) *L. 3. L. 76. in fin. D. de iure dot. L. 20. C. de donat. ante nupt.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1 B. §. 70.

aber die Brautgabe erst nach der Ehe eingebracht worden, so ist das Jahr nach dem Zeitpunkt der Uebergabe zu berechnen. Erst von dieser Zeit an, da die Ehe dotirt war, erwirbt also der Mann ein Recht auf die Früchte des Heyrathsguts. Wäre also z. B. die Ehe am 1. Jul. geschlossen, die dos aber erst den letzten October übergeben, und dann die Ehe am letzten December schon wieder getrennt worden; so werden, wenn das Jahr nach der Vorschrift des Gesetzes vom Tage der übergebenen Dos beginnt, nur zwey Monate gerechnet, und nach diesem Verhältniß sind dann auch die Früchte zu vertheilen [78]). Man kann daher dieses Jahr das Dotationsjahr nennen. Dieses läuft denn fort, bis wieder auf denselben Tag des folgenden Jahres, da es seinen Anfang nahm, und so wird dieses Dotationsjahr die ganze Zeit der Ehe hindurch bis zum Ende derselben gerechnet. Paulus bestimmt dieses in dem gleich darnach folgenden Fra-

78) Mehrere finden zwar darin eine Unbilligkeit, weil doch der Mann hier vier ganzer Monate die Lasten der Ehe getragen hat. Sie wollen daher wenigstens in dem Falle eine Ausnahme eintreten lassen, wenn die Frau sich bey der Uebergabe der Dos eines Verzugs schuldig gemacht hat. Man sagt, hier sey das Dotationsjahr von Zeit der mora an zu rechnen. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. S. Zasius ad L. 5. D. h. t. nr. 7. sqq. pag. 34. und Cujacius cit. Comm. ad Libr. XI. Quaestion. Papiniani. pag. 292. sq. Die Worte der *L. 5. h. t.* quo primum dotale praedium constitutum est, id est, *tradita possessione*, beweisen deutlich, daß das tempus dotis *per promissionem* constitutae gar nicht in Betrachtung kömmt. S. Donellus c. l. Cap. VII. §. 13. und Schrader cit. Comm. §. 4.

an der Anfang des letzten Jahres zu rechnen sey? Diese Frage entscheidet Ulpian in der *L. 5. D. h. t.* genommen aus dessen *libro XXX. ad Sabinum.* Hier heißt es:

De divisione anni eius, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus? *Et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae, neque nuptiarum observabitur: sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est, tradita possessione.*

Ist also von Theilung der Früchte des letzten Jahres die Rede, da die Ehe getrennt worden ist, (denn das heißt hier divisio anni, *annus* wird hier in Beziehung auf die Früchte genommen, wie sich aus den folgenden Worten näher ergiebt) so ist in Ansehung der Früchte, die noch als in der Ehe erworben anzusehen sind, der Anfang des Jahres von der Zeit anzurechnen, da die Ehe dotirt war. Nun lassen sich zwey Zeitpunkte unterscheiden. Die Zeit, da die Ehe ihren Anfang nahm, und die Zeit, da die Brautgabe dem Manne übergeben wurde. Fallen beyde Zeitpunkte zusammen, so entscheidet sich der Anfang des Jahres von selbst; in dem entgegengesetzten Falle aber beginnt das Jahr von dem Zeitpunkt, welcher von beyden der spätere war. War also die Dos schon vor der Ehe übergeben, so berechnet sich das Jahr nach dem Zeitpunkte, da die Ehe vollzogen ward. Denn Sachen, die vor der Ehe zum Brautschatz gegeben worden sind, werden nicht eher Dos, als von dem Tage der Ehe an, weil eine Dos ohne Ehe undenkbar ist [77]). Ist

77) *L. 3. L. 76. in fin. D. de iure dot. L. 20. C. de donat. ante nupt.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1 B. §. 70.

aber die Brautgabe erst nach der Ehe eingebracht worden, so ist das Jahr nach dem Zeitpunkt der Uebergabe zu berechnen. Erst von dieser Zeit an, da die Ehe dotirt war, erwirbt also der Mann ein Recht auf die Früchte des Heyrathsguts. Wäre also z. B. die Ehe am 1. Jul. geschlossen, die dos aber erst den letzten October übergeben, und dann die Ehe am letzten December schon wieder getrennt worden; so werden, wenn das Jahr nach der Vorschrift des Gesetzes vom Tage der übergebenen Dos beginnt, nur zwey Monate gerechnet, und nach diesem Verhältniß sind dann auch die Früchte zu vertheilen [78]). Man kann daher dieses Jahr das Dotationsjahr nennen. Dieses läuft denn fort, bis wieder auf denselben Tag des folgenden Jahres, da es seinen Anfang nahm, und so wird dieses Dotationsjahr die ganze Zeit der Ehe hindurch bis zum Ende derselben gerechnet. Paulus bestimmt dieses in dem gleich darnach folgenden Fra-

78) Mehrere finden zwar darin eine Unbilligkeit, weil doch der Mann hier vier ganzer Monate die Lasten der Ehe getragen hat. Sie wollen daher wenigstens in dem Falle eine Ausnahme eintreten lassen, wenn die Frau sich bey der Uebergabe der Dos eines Verzugs schuldig gemacht hat. Man sagt, hier sey das Dotationsjahr von Zeit der mora an zu rechnen. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. S. Zasius ad L. 5. D. h. t. nr. 7. sqq. pag. 34. und Cujacius cit. Comm. ad Libr. XI. Quaestion. Papiniani. pag. 292. sq. Die Worte der *L.* 5. *h. t.* quo primum dotale praedium constitutum est, id est, *tradita possessione*, beweisen deutlich, daß das tempus dotis *per promissionem* constitutae gar nicht in Betrachtung kommt. S. Donellus c. l. Cap. VII. §. 13. und Schrader cit. Comm. §. 4.

gment, welches aus deſſen *libro VII. ad Sabinum* genommen iſt, ganz deutlich. Er ſagt nämlich in der *L.* 6. *D. eodem.*

Si ante nuptias fundus traditus est, *ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est.* Idem *in ceteris annis* servatur, donec divortium fiat.

In beyden Stellen der Pandecten iſt nun zwar blos von dem Falle die Rede, da die Ehe durch Divortium getrennt worden iſt, allein dieß iſt nach der Art der römiſchen Rechtsgelehrten, welche blos durch Beyſpiele zu reden pflegen, von jeder Art der Trennung der Ehe zu verſtehen. Der nämliche Grundſatz gilt alſo, die Ehe mag durch Divortium oder durch den Tod des Mannes oder der Frau getrennt worden ſeyn [79]). Die Baſiliken [80]) haben daher: Τοῦ τελευταίου ἐνιαυτοῦ ἐν ᾧ το διαζύγιον ὁιῳδήποτε τρὸπω γέγονεν οἱ καρποὶ διαιροῦνται. i. e. *Ultimi anni, quo separatio* QUOQUO MODO *facta est, fructus dividuntur.* Eben ſo iſt in beyden Geſetzſtellen blos vom praedium, oder fundus die Rede. Es iſt aber auſſer Zweifel, daß das Nämliche gilt, wenn die Brautgabe auch in beweglichen Sachen beſteht [81]).

Von einer Theilung der Früchte des letzten Jahres kann jedoch nicht eher die Rede ſeyn, als nach Abzug

79) S. Cujacius cit. Commentar. pag. 293. und Schrader cit. Commentat. Sect. I. §. 4.

80) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 5. pag. 342.

81) *L. ult. D. h. t.* Es wird dieſes auch noch nachher §. 9. der *L.* 7. *h. t.* ſelbſt geſagt. S. Donellus c. I. Cap. VII. §. 13. (edit. *Noric.* a Buchero contin. Tom. IV. pag. 223.)

der darauf verwandten Kosten, sie mögen von dem Manne oder von der Frau verwendet worden seyn. Hierauf macht uns auch Ulpian aufmerksam, wenn er in der *L. 7. pr. h. t.* die aus desselben *libro XXXI. ad Sabinum* genommen ist, den Grundsatz aufstellt:

*Fructus eos esse constat, qui deducta impensa supererunt.* Quod Scaevola et ad mariti et ad mulieris impensas refert. Nam si mulier pridie vindemias [82]) doti dedit [83]), mox, sublatis a marito vindemiis, divortit; non putat ei undecim duntaxat mensium fructus restitui, *sed et impensas, quae antequam portiones fructuum fiant, deducendae sunt.* Igitur, si et maritus aliquid impendit in eundem annum, *utriusque impensae concurrent:* ita et si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, *necesse est primi anni computari temporis, quod sit ante datum praedium.*

Nur das ist also als Frucht zu vertheilen, was nach Abzug der Kosten übrig bleibt. Ist daher, welches Beyspiel Ulpian hier anführt, das Dotalgut den Tag vor der Weinlese dem Mann übergeben, und die Ehe nach

82) Id est, pridie ante vindemiam. So erklärt *pridie vindemias* Dorotheus in den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 372. πρὸμιᾶς ἡμέρας τῆς τρυγήσεως.

83) Hier muß das Wort *fundum* oder *vineas* ergänzt werden. S. Schrader cit. Commentat. Sect. I. §. 6. pag. 8. Der griechische Scholiast am angeführten Orte hat auch δεδωκεν ἀγρὸν ἡ γυνὴ ἐν προικὶ. Uebrigens ist hier der Fall, wo die Dos sogleich bey Schließung der Ehe gegeben wurde, und wo also das Dotationsjahr von diesem Zeitpunct an zu rechnen war.

gehaltener Weinlese gleich wieder geschieden worden, also nach einem Monat; denn so lange dauerte die Weinlese bey den Römern [84]); so kann die Frau vor der Theilung der Früchte zuvor die Kosten abziehen, die sie darauf verwendet hat. Sind also die Früchte 20. Soliden werth, die Kosten aber betragen 8. so bleiben nach deren Abzug für 12. Solidi zu vertheilen übrig. Davon erhält der Mann, weil die Ehe nur einen Monat gedauert hat $\frac{1}{12}$. das Uebrige muß der Frau restituirt werden. Haben beyde Eheleute Kosten auf die Früchte verwendet; so ziehen zuvor beyde ihre gehabten Kosten ab. Sind also die Früchte der Weinlese 24. Soliden werth, die Frau hat aber 8. der Mann 4. Solidi Kosten gehabt, so bekommt der Mann seine 4., die Frau ihre 8. Soliden vorweg, in den Ueberrest der Früchte, nach Abzug der Kosten, theilen sich dann die Ehegatten nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe bestand. Dieß ist es, wenn unser Ulpian sagt: utriusque impensae concurrent. Wenn jedoch Ulpian noch hinzufügt: si et maritus aliquid impendit in *eundem annum*, so ist dieser idem annus nicht das Dotationsjahr, sondern das natürliche Fruchtjahr, d. i.

84) Es erhellet dieses nicht nur aus unserer Gesetzstelle, sondern eben dieses bestätigen auch die Scriptores rei rusticae. So sagt Varro *de Re Rustica* Lib. I. Cap. 34. Uvas autem legere, et vindemiam facere inter aequinoctium auctumnale (d. i. den 22. September) et Vergilianum occasum (d. i. den 28. October.) Columella *de re rustica* Lib. XI. Cap. 2. pag. 441. (edit. *bipont.*) bemerkt: Quinto Kalendar. Novembris *Vergiliae* occidunt. Den Unterschied der wenigen Tage vom Monate, der sich hier findet, konnte Ulpian ganz füglich übergehen. S. Schrader cit. Commentat. Sect. I. §. 6. not. m. pag. 9.

dasjenige Jahr, dessen Früchte in der Weinlese bestehen, welches also von einer Weinlese zur andern zu rechnen ist [85]). Dieses natürliche Fruchtjahr kommt nun besonders, wie die letzten Worte lehren, in Betrachtung, wenn die Frau Kosten auf die Früchte verwendet hat, ehe sie das Dotalgut dem Manne tradirte. Diese Kosten kann sie immer noch in Abzug bringen, die Ehe mag gedauert haben, so lang sie will. Dieß ist der Sinn der letzten Worte: Ita et, si impensarum a muliere factarum ratio habeatur, *cum plurimis annis in matrimonio fuit*, necesse est *primi anni* computari temporis [86]), quod sit *ante datum praedium* [87]). Worin nun aber

85) S. Schrader cit. Comment. Sect. I. §. 6. pag. 10.

86) Statt computari *temporis*, lesen viele *tempori* computari. So Haloander, Baudoza, Merlin und Miräus. Welche hingegen die florentinische Lesart beybehalten, erklären das temporis durch *id* temporis, wie *Gail.* Best de ratione emendandi Leges. Cap. XVI. nr. 8. und *Gail. Oft.* Reitz in Annotat. Sporad. ad h. L. in Püttmann Opusc. iurid. ex Observation. miscellan. Batav. pag. 156. sq. Bezieht man das temporis auf die folgenden Worte: quod sit ante datum praedium, so bedarf es gar keiner Emendation. S. *Ant.* Schulting Notae ad Digesta seu Pandect. a *Smallenburg* edit. et animadverss. locuplet. ad h. L. Tom. IV. pag. 334. und Schrader c. l. §. 6. pag. 10. sq.

87) Der griechische Scholiast Dorotheus hat die letzten Worte unserer Gesetzstelle in den *Basilic.* Tom. IV. pag. 372. auf folgende Art erklärt; Εἰ δὲ καὶ πολλοῖς ἐνιαυτοῖς ὁ γάμος συνέστη, ἀνάγκη ἐστὶν ἐν τοῖς καρποῖς τοῦ ἑνὸς ἐνιαυτοῦ, καταλογίζεσθαι τὰ δαπανήματα, ὅσα ἐποίησεν ἡ γυνὴ περὶ τὴν γεωργίαν τοῦ ἀγροῦ, πρὶν παραδοῦναι αὐτὸν λόγῳ τροικός. i. e, *Sin autem*

dieſe Koſten beſtehen, welche zuvor abzuziehen ſind, ehe von einer Berechnung und Vertheilung der Früchte die Rede ſeyn kann, hat Ulpian nachher noch in dem §. 16. unſerer L. 7. näher beſtimmt, mit Beziehung auf Pomponius. Er ſagt nämlich:

Impendi autem *fructuum percipiendorum causa*, Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est: quodque in tutelam aedificiorum, aegrumve servum curandum: scilicet si ex aedificio, vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hae impensae non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet: quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.

Dieſe Stelle beſtätigt zugleich die oben ſchon gemachte Bemerkung, daß auch, wenn die Dos in beweglichen oder unkörperlichen Sachen beſteht, welche gewiſſe von Andern zu entrichtende Einkünfte gewähren, z. B. wenn die zur Dos gehörigen Sklaven Künſtler waren, und durch die Anderen geleiſteten Kunſtdienſte Geld verdienten [88]), eben die Grundſätze, wie bey unbeweglichen Sachen, Statt finden [89]); und daß ſelbſt bey unbeweglichen Sachen, welche keine natürlichen Früchte hervorbringen,

*plurimis annis constitit matrimonium, necesse est cum unius anni fructibus computari impensas, quas mulier fecit in agro colendo, priusquam eam pro dote traderet.* So auch die Gloſſe des Civilrechts. S. Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XLI. Not. g. pag. 65.

88) Dieſes Beyſpiel giebt der griechiſche Scholiaſt in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 377. Sch. e.

89) S. Schrader cit. Commentat. Sect. II. §. 28.

es darauf ankommt, ob sie, wie z. B. Häuser, durch Vermiethung an Andere, ein gewisses jährliches Einkommen gewähren. Auch hier kann denn der Mann, wenn von Vertheilung der Einkünfte des letzten Jahres, da die Ehe bestand, die Rede ist, die auf die Erhaltung der Sachen verwandten Kosten abrechnen, und diese Kostenberechnung fällt nur dann weg, wenn der Mann die Früchte des letzten Jahres alle allein behält, weil er durch die Früchte, welche er behält, schon entschädiget ist [90].

Es kommt nun noch auf die Hauptfrage an, wie nämlich die Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt wurde, zu vertheilen sind? Diese Frage entscheidet Papinian nach Ulpians Relation in der *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* folgendermassen.

Papinianus autem *libro undecimo Quaestionum*, divortio facto fructus dividi ait, non *ex die locationis*, sed *habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit.* Neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Novembribus primis fruendum locaverit: mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si, coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. *Itaque si fine mensis Januarii*

90) Dorotheus in *Basilic.* Tom. IV. pag. 377. Sch. b. sagt: *ἐπειδὰν δὲ ἀντῶν τῶν καρπῶν το ἱκανὸν ἐπὶ τοῖς δαπανήμασιν ἀντοῦ γίνεται.* i. e. *quoniam ex ipsis fructibus impensis eorum causa factis satisfit.*

*divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

Papinian, dem hier Ulpian, welcher diese Stelle excerpirt hat, beystimmt, geht hier von dem Grundsatz aus, daß man bey der Vertheilung der Früchte des letzten Ehejahres nicht auf den Anfang des neuen Fruchtjahres, sondern vielmehr auf den Anfang des Dotationsjahres zu sehen habe, besonders wenn dasselbe, wie in dem hier entschiedenen sehr schwierigen Falle, in zwey verschiedene Fruchtperioden fallen sollte. Denn daß dieses immer bey der Berechnung und Theilung der Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden ist, zum Grunde zu legen sey, ist schon in den beyden vorhergehenden Gesetzen bestimmt genug ausgesprochen worden. Papinian bestätigt hier diesen Satz nochmals, und erläutert ihn durch folgendes Beyspiel. Zur Zeit der Weinlese, den 1. October [91]), nachdem die Ehe geschlossen war, ward dem Manne ein Weinberg mit den noch hangenden Früchten zum Brautschatz übergeben. Gleich nach gehaltener Weinlese verpachtet der Mann das Grundstück wieder. Es war am 1. November [92]). Von hier ging also ein neues

91) S. Plinius Secundus *Naturalis Histor.* Lib. XVIII. Cap. 74. pag. 303. Volum. III. edit. *bipontin.* und *L.* 2. *Cod. de feriis.* Imp. Theodos. A decimo autem Calendarum Septembris usque in Idus Octobris vindemialis feria concedatur. Man vergleiche noch Trendelenburg Diss. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. §. 9. not. b. pag. 35.

92) Ex calendis Novembribus *primis.* Primae heißt hier soviel als proximae. Der November war hier der

Fruchtjahr an. Den letzten Januar ward aber die Ehe schon wieder getrennt [93]). Hier ist nun Erstens soviel gewiß, daß der Mann nicht die Früchte der Weinlese, und auch zugleich den vierten Theil des Pachtgeldes, (denn seit der neuen Verpachtung hatte die Ehe noch drey Monate gedauert) behalten dürfe. Wahrscheinlich mochten dieses Einige behauptet haben, deren Meinung Papinian hier widerlegt. Diese rechneten das letzte Jahr, da die Ehe bestand, von dem Tage der neuen Verpachtung, also vom Anfange des nach der Weinlese angehenden folgenden Fruchtjahres an. Die Früchte der Weinlese rechneten sie also noch zu dem vorletzten Jahre, und glaubten, der Mann könne sich solche um so mehr zueignen, weil er sie schon percipirt hätte. Denn nur das Jahr sey für das letzte zu halten, da die Ehe getrennt worden ist. Vielleicht war Sabinus dieser Meinung, über welchen Ulpian, wie die Ueberschrift der *L.* 7. *h. t.* lehrt, commentirte [94]). Papinian verwirft nun diese Meinung als ungereimt, weil daraus folgen würde, daß der Mann

nächste Monat, nach dem October, mit welchem das Dotaljahr begonnen hatte. S. *Cujacius* libr. XIV. Observation. cap. 22.

93) Wenn in dem angeführten Beyspiele gesagt wird, facto divortio; so wird vorausgesetzt, daß die Ehescheidung bona gratia geschehen sey. Denn sonst kann wohl von keiner Vertheilung der Früchte die Rede seyn, die Schuld habe an der Frau oder dem Manne gelegen. S. Cujacius Observation. Lib. XIV. Cap. 22.

94) S. *Ioan.* Altamirani et Velazquez in libr. III. Quaestionum Scaevolae Commentar. Tract. III. ad L. 31. D. de pactis dotalib. §. 5. et 6. (In *Thesaur.* Meermani Tom. II. pag. 413.)

die Früchte, die er geärndtet hat, behalten dürfte, wenn auch schon gleich den Tag nach der Weinlese die Ehe wieder getrennt worden wäre. Es ergiebt sich hieraus, daß bey der Theilung der Früchte des letzten Jahres die Grundsätze vom Ususfructus keine Anwendung finden. Denn hier tritt ein ganz verschiedenes Rechtsverhältniß ein. Die dos wird gegeben zur Erleichterung der mit dem Ehestande verbundenen Lasten. Wie sehr würde es nun nicht der Natur der dos widerstreiten, wenn der Mann für einen Monat, da die Ehe gedauert hat, sich die Früchte des ganzen Jahres zueignen dürfte? Beym Ususfructus ist es freylich anders [95]). Denn dieser wird nicht in Rücksicht einer zu übernehmenden Last, sondern blos zur Begünstigung einer gewissen Person bestellt [96]). Sollten die Grundsätze vom Ususfructus hier gelten, so würde auch der Mann von den noch nicht gefälligen Pachtgeldern gar keinen Antheil verlangen können. Nam fundi locati pensio eatenus debetur heredibus fructuarii, quatenus iam vivo eo fructus a colono percepti sunt [97]). Allein auf die Periode der Perception kommt hier bey Vertheilung der Früchte des letzten Dotaljahres nichts an. Alle Früchte desselben, auch die fructus nondum percepti, kommen bey der Theilung in Anschlag, wofern nicht durch Vertrag ein Anders

95) *L.* 13. *D. Quib. modis ususfr. amitt.*

96) S. Schrader Commentat. de divisione fructuum dotis. §. 3.

97) *L.* 58. *D. de Usufr. L.* 9. §. 1. *D. Locati.* Anderer Meinung ist zwar Cujacius in Comment. in libr. XI. Quaest. Papiniani ad h. L. 7. (*Oper. postumor.* Tom. I. pag. 300.) Allein man s. den 9 Th. dieses Commentars §. 637. c. S. 337.

bestimmt worden ist [98]). Ulpian sagt dieß nachher selbst. Es heißt nämlich §. 9. unserer *L.* 7.

Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus: ut lana ovium, fetusque pecorum praestaretur. Quare enim, si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves, protinus divortio facto, nihil reddat? *Nam et hic fructus toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus.*

Und §. 15. sagt Ulpian:

Interdum marito de fructibus a muliere cavetur, et nihil retinet, si fructibus stantibus fundum mulier recipiet. Interdum retinebit tantum [99]) maritus, et nihil restituet: id est, si non plus erit, quam pro portione eum retinere oportet; interdum vero et reddet, si plus percepit, quam eum retinere oportet.

Erhält also die Frau nach getrennter Ehe das Grundstück vor der Erndte mit den noch stehenden Früchten zu-

98) *L.* 31. *D. de pactis dotal.* Scaevola *libr.* 3. *Quaestion.* Si inter virum et uxorem convenit, *ut extremi anni matrimonii* fructus nondum percepti *mulieris lucro fiant*, huiusmodi pactum valet. S. Altamiranus cit. Comm. §. 13. pag. 414. sq.

99) Mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Miräus, Baudoza, Merlinus und andere lesen *totum* statt tantum. Diese Lesart wird auch durch die Scholien der Basiliken Tom. IV. libr. XXVIII. Tit. 8. pag. 376. Sch. b. bestätiget, wo Dorotheus sagt: ἔσθ' ὅτε δὲ παραλαμβάνει πάντας τοὺς καρποὺς ὁ ἀνὴρ. i. e. *Interdum autem maritus* fructus omnes *retinet.*

rück, so muß sie dem Manne Caution leisten, daß sie ihm von den Früchten, die sie erndten wird, den ihm nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe in dem letzten Jahre gedauert hat, gebührenden Theil abgeben wolle [100]). So wie auch der Mann seiner Seits Caution leisten muß, wenn er etwa das Dotalgut auf mehrere Jahre verpachtet hätte, und nach Verlauf des ersten Pachtjahres die Ehe wieder getrennt worden wäre, daß er von dem Pachtgelde der Frau herausgeben wolle, was er ausser dem ersten Pachtjahre, von welchem ihm noch das Pachtgeld gehört, vom Pächter erhalten haben wird. Diesen Fall hat Paulus, welcher in der *L.* 25. §. 4. *D. h. t.* sagt:

Si vir in quinquennio [1]) locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit: Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se praestatum iri [2]): *sed et mulieri cavendum, quidquid praeter*

100) S. Cujacius in lib. X. Quaestion. Papiniani. ad §. Papinian. L. 7. D. h. t. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 296.)

1) Hier lesen alle nicht florentinischen Ausgaben, die ich verglichen habe, z. B. Haloander, Baudoza, Miräus, Merlinus, in quinquennium. Auf fünf Jahre pflegten gewöhnlich die fruchttragenden Grundstücke bey den Römern verpachtet zu werden. S. den 17. Th. dieses Commentars. §. 1056. S. 473. Not. 83.

2) Diese Caution, von der hier Paulus spricht, ist von jener ganz verschieden, zu welcher Ulpian in der angeführten ersten Stelle die Frau verpflichtet. Nach Paulus kann der Mann von der Frau Caution verlangen, daß sie den Pächter nicht vor der Zeit ver-

*primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restituturum* 3).

treiben, sondern ihn die Pachtung auf die bestimmte Zeit genieſſen laſſen, oder in dem entgegengesetzten Falle den Mann für das entschädigen wolle, was er deswegen dem Pächter an Schadenersatz zu leisten wäre verurtheilt worden. Der griechische Scholiast in den *Basilic.* Tom. IV. p. 392. Sch. e. sagt: Ινα μή ποτε ἐκβάλλῃ τὸν κωλονὸν ἡ γυνὴ, καὶ ἐντεῦθεν ὁ ἀνὴρ ζημιωθῇ. i. e. *ne forte mulier colonum eiiciat, et maritus exinde damno adficiatur.* Ohne diese Cautionsleistung könnte die Frau leicht den Pächter vertreiben, weil sie mit ihm nicht contrahirt hat, und also auch den Pacht zu halten nicht genöthigt werden könnte. Der Mann wäre nun der Regreßklage des Pächters ausgesetzt. Diese kann er abwenden, und die Frau zur Cautionsleistung dadurch nöthigen, daß er ihr das Dotalgut nicht eher zurückzugeben schuldig ist, als bis sie die Caution geleistet hat. S. Cujacii Comm. in Libr. XXXVI. *Pauli* ad Edictum. ad §. ult. L. 25. D. h. t. (*Opp. postumor.* a. Fabroto *editor.* Tom. II. pag. 596.) und *Ant.* Faber de Erroribus Pragmaticor. Decade XXIV. Err. 4. Wenn *Ant.* Schulting in Jurispr. vet. Antejustin. ad Ulpian. Tit. VII. §. 3. Not. 12. pag. 588. diese Cautionsleistung für eine solche stipulatio tribunitia halten will, deren Ulpian. c. l. gedenkt; so ist dieses noch vielem Zweifel unterworfen. Denn der Name stipulatio tribunitia wird höchst wahrscheinlich falsch gelesen. S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 682. Z. 13. der 8. Auflage.

3) Der Grund dieser Cautionsleistung ist, weil nur der Mann gegen den Pächter allein klagen kann, nicht die Frau, welche nicht mit dem Pächter contrahirt hat. Was also der Mann am Pachtgelde mehr empfieng, als ihm nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe gedauert hat,

Daß bey der Theilung der Früchte des letzten Ehejahres nicht erst von Zeit der Verpachtung an, sondern von der Zeit an zu rechnen sey, da die Ehe geschlossen und dotirt war, beweist Papinian §. 2. unserer L. 7. noch durch ein anderes Beyspiel. Er sagt nämlich:

E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier, percepta vindemia, statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis Martiis eundem locaverit, et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit.

Hier ist von dem conträren Falle die Rede. Die Frau hatte erst nach der Weinlese das Grundstück dem Manne zum Heyrathsgute übergeben, also im October, nach geschlossener Ehe. Der Mann verpachtet dasselbe am 1. März, in welchem Monate man gewöhnlich solche Grundstücke zu verpachten pflegte [4]). Die Ehe wird aber schon den nächsten Monat darauf, am 1. April wieder getrennt. Daß hier von einer Theilung der Früchte der Weinlese, die die Frau noch vor Schließung der Ehe geerndtet hat, keine Rede seyn könne, versteht sich. Ulpian sagt dieses auch nachher §. 4. der L. 7. h. t. selbst. Es konnte hier also nur von einer Theilung des Pachtgeldes die Rede seyn, welches von dem Pächter noch erst

gebührt, muß er der Frau herausgeben. S. Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. XLVIII. not. i. pag. 66.

4) S. den 9. Th. dieses Commentars §. 637. o. S. 338. Not. 46.

künftig zu bezahlen war [5]). Hätte man nun hier das Jahr von der Verpachtung an rechnen wollen, so würde der Mann nach dem Verhältniß eines Monats nur den zwölften Theil vom Pachtgelde verlangen können. Dies wäre aber Unrecht, weil auch die vorhergehende Zeit zu berücksichtigen ist, da die Ehe bestand, und diese dotirt war. Von da an gerechnet, hat nun die Ehe sechs Monate gedauert. Der Mann wird also nach diesem Verhältniß der Zeit die Hälfte des künftigen Pachtgeldes mit Recht verlangen können.

Zum Beweise, daß alle Früchte des letzten Jahres der Ehe, und also nicht nur diejenigen, welche der Mann noch selbst gezogen hat, sondern auch die in dieses Jahr gehörigen noch künftig zu hoffenden Früchte, nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe gedauert hat, zur Theilung kommen, dient auch noch der folgende §. 3. welcher aller Wahrscheinlichkeit nach, wie Cujaz [6]) bemerkt, noch aus Papinian excerpirt ist. Er lautet folgendermassen:

Item si *messes* eius anni [7]), quo divortium

5) Statt ex mercede, quae *debebitur*, lesen viele Ausgaben, quae *debebatur*; z. B. Haloander, Baudoza, Miräus. Allein diese Lesart ist offenbar unrichtig, weil ja zur Zeit der Ehescheidung das Pachtgeld noch nicht gefällig war. Die florentinische Lesart wird noch mehr durch die Scholien der Basiliken bestärkt. In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 373. Sch. p. heißt es: ἐκ τῶν χρεωστηθέντων μισθωμάτων. Auch Cujacius ad §. *Papinianus* L. 7. (*Opp. postum.* Tom. I. pag. 296.) giebt daher mit Recht der Lesart *debebitur* den Vorzug.

6) Cit. loc. pag. 297.

7) Es ist ein auffallender Fehler, wenn sowohl in den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 7. §. 3.

factum est, colonum ex forma locationis [8]) sequantur, ante vindemiam soluto matrimonio, *nihilo minus pecunia messium in computationem cum spe futurae vindemiae veniet.*

Wir müssen uns hier den Fall denken, daß das zum Heyrathsgute eingebrachte Grundstück, ausser der künftigen Weinlese, noch andere Früchte hervorbrachte, welche sämmtlich von dem Mann verpachtet worden. Ein Fall, der in Italien gar nicht ungewöhnlich ist. Von einem Theile dieser Früchte hatte der Mann im letzten Jahre der Ehe noch selbst das Pachtgeld erhoben. Allein die Ehe war noch vor der künftigen Weinlese getrennt worden. Hier kommt nun nicht blos das Pachtgeld für die von dem Pächter noch während der Ehe gemachten Erndten, sondern auch die Hoffnung der künftigen Weinlese in Anschlag bey Theilung der Früchte [9]). Wäre also die Ehe erst nach der vorjährigen Weinlese im October geschlossen, das Grundstück aber im Monat März verpachtet, und hierauf die Ehe im August getrennt worden; so ist hier das Jahr nicht von Zeit der Verpachtung, sondern von Zeit der geschlossenen Ehe an, da das Grundstück dem Manne als dos übergeben wurde, zu rechnen, und so wie der Mann,

pag. 343. als in den Scholien des Dorotheus p. 373. statt *menses* und *messium*, das Wort μῆνες und μηνῶν gebraucht worden, welches so viel als *menses* und *mensium* heißt. Dahingegen hat Cyrillus Sch. eod. den ganz richtigen Ausdruck θερισμὸς, messis, gebraucht.

8) Id est, ex locationis conventione. S. Burmann ad *Suetonium*. Tom. I. pag. 99.

9) S. *Detl.* Langebek in Leges aliquot perdiff. et nondum satis intellect. novae Annotationes. Cap. XXIII. (in *Thes. Jur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 562. sq.)

da die Ehe nur zehen Monate gedauert hat, den Pachtzins nach diesem Zeitverhältniß mit der Frau zu theilen hat, so wird auch die Frau von der künftigen Weinlese dem Manne seinen Theil zu berechnen haben [10]). Daß jedoch die vor der Ehe von der Frau gezogenen Früchte der Weinlese hier nicht mit zur Theilung kommen können, wird gleich nachher §. 4. gesagt, wo es heißt:

Apparet igitur ex his, illos fructus, quos mulier percepit, antequam nuberet, non debere in contributionem venire.

§. 1276. e.

Berechnung der Früchte des letzten Dotaljahres. Erläuterung der *L.* 7. §. 1. *D. h. t.*

Um nun aber der Theilung der Früchte des letzten Jahres, da die Ehe getrennt worden, und der deswegen anzustellenden Berechnung näher zu kommen; so ist zwar der Grundsatz, daß sich die Theilung nach dem Verhältniß der Zeit richtet, da die Ehe bestand, keinem Zweifel, die Berechnung selbst aber oft desto mehreren Schwierigkeiten unterworfen. Soviel ist gewiß, daß die

10) Cyrillus in *Basilic.* Tom. IV. pag. 373. sagt: Εἰ δὲ μετὰ τὸν τρυγητὸν ἐπιδῷ μοι τὸν ἀγρὸν, ἀφ' οὗ ἐπιδοθῆναι τοῦ διαζυγίου παρακρατῶ τοὺς καρπούς, κἂν μετὰ πολὺ ἐμισθώθη, εἰ μετὰ τὸν θερισμὸν πρὸ τοῦ τρυγητοῦ λύθη ὁ γάμος, κἀγὼ τὰ τοῦ θερισμοῦ λογίζομαι, καὶ αὐτὴ τὰ τοῦ τρυγητοῦ. i. e. *Sed si fundum post vindemiam mihi dederit, ex quo datus fuit in diem divortii fructus retineo, etiamsi diu post locatus fuit, si post messem ante vindemiam solutum fuerit matrimonium, et Ego messis fructus rationem reddo, et ipsa vindemiarum.*

Zeit der Perception nicht entscheide, wenn die Frage ist, welche Früchte nach dem Verhältniß der Zeit zu vertheilen sind. Fructus enim toto tempore, *quo curantur*, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus, sagt Ulpian [11]). Die Quantität der dem Manne gebührenden Früchte bestimmt sich vielmehr nach der Länge der vom Anfange der dotirten Ehe bis zur Erlöschung des Dotalrechts verflossenen Zeit. Daher muß die natürliche Fruchtperiode von der Dotationsperiode wohl unterschieden werden, und nach dem verschiedenen Verhältniß dieser zwey Perioden zu einander, wird denn auch natürlich die Berechnung verschieden ausfallen. Nun kann es

I. seyn, daß der Anfang der dotirten Ehe mit dem Anfange der Fruchtperiode zusammenfällt. Hier erhält der Mann die Früchte einer jeden ganz durchlebten Periode ganz, der zum Theil durchlebten aber zum Theil [12]). Man setze also, die Ehe sey zu Ende des Septembers 1812. geschlossen, und auch zu gleicher Zeit das Dotalgut übergeben worden, nachdem die Erndte schon vorüber war; sie sey aber in der Mitte des Monats Januar 1826. wieder getrennt worden; so gehören dem Manne alle Erndten von den 13 Jahren, die er durchlebte, also vom Ende des Septembers 1812. bis auf eben die Zeit 1825. Da nun von da an bis zur Mitte des Januars 1826. die Ehe noch $3\frac{1}{2}$ Monate bestand; so wird die Frau nach

11) *L.* 7. §. 9. *in fin. D. h. t.* Ich bemerke hier nur noch, daß statt fructus mehrere Ausgaben, z. B. Baudoza und Merlinus, fructuum lesen.

12) S. Schrader Comm. de divisione fructuum dotis. Sect. II. §. 30. et 31. und Schweppe römisches Privatrecht. §. 687. der 3. Auflage.

diesem Verhältniß der Zeit von der Erndte des Jahrs 182 bis 1826. die sie erhält, dem Manne seinen Theil herau zugeben haben. Dieß ist der Fall, welcher in der *L.* §. 2. *h. t.* entschieden ist.

II. Wenn aber der Anfang der dotirten Ehe, ob die Dotations-Periode von der Fruchtperiode verschied ist; so ist die Berechnung des dem Manne gebührend Theils der Früchte schon schwieriger. Jedoch lassen si hier wieder zwey Fälle gedenken.

1) Die Ehe bestand nur eine so kurze Zeit, daß s sich nicht über eine Fruchtperiode hinaus erstreckte. Hi werden blos die Früchte dieser Periode nach dem Verhäl niß der Zeit getheilt, da die Ehe bestand. Dieß ist d Fall, den Ulpian in der *L.* 7. *pr. D. h. t.* entscheid Die Frau hatte den Tag vor der Weinlese das Dotalg dem Manne übergeben, und bald nach der Weinlese h der Mann die Ehe wieder auf. Die Ehe dauerte al nur einen Monat. Hier bekommt die Frau die Früch von 11 Monaten, nach Abzug der Unkosten, der Man nur die Früchte von einem Monate, also $\frac{1}{12}$. Oder ma setze, die Dos bestehe in einem Kapital von 2000 Rthl welches zu 5 Procent ausgeliehen ist. Die Zinsen werd alljährlich in zwey Terminen bezahlt, davon der eine das Ende des Monats Junius, der andere in das End des Monats December fällt. Daß Zinsen so gut, w natürliche Früchte, der Theilung unterworfen sind, h keinen Zweifel. Denn nach §. 11. *L.* 7. *h. t.* soll ja au von Miethzinsgeldern bey Häusern das Nämliche gelte was von Früchten bey Landgütern gilt [13]). Zinsen werd

13) Da sagt Ulpian: De pensionibus quoque praedioru urbanorum idem est, quod in fructibus rusticorum.

sogar selbst in den Gesetzen [14]) fructus genennt, und diesen gleichgeachtet. Nun wollen wir setzen, die Ehe sey am Ende des Monats Januar 1825. geschlossen und dotirt, aber schon wieder zu Ende des Aprils in demselben Jahre getrennt worden. Sie bestand also gerade 3 Monate. Die Ehe fällt nun in den einen Zinsen-Termin, welcher vom Ende des Monats December 1824. bis zu Ende Junius 1825. läuft. Die Zinsen dieses Termins, welche 50 Rthlr. betragen, sind also unter beyde geschiedene Ehegatten zu vertheilen, und zwar dergestalt, daß der Mann für die drey Monate, da die Ehe bestand, zu seinem Theile 25 Thlr. erhält [15]).

2) Die Dauer der Ehe ist nicht in eine Fruchtperiode eingeschlossen, sondern sie schlägt in mehrere verschiedene Fruchtperioden ein. Wären hier die Früchte von der Art, daß sie in jedem Monat gleich gut gezogen werden können, so würde sich die Theilung von selbst machen. Aber verwickelter wird die Rechnung, wenn die Früchte nur von Zeit zu Zeit zur Reife kommen, und sich auch das Pachtgeld nach diesen Fruchtperioden richtet. Dieß ist eben der schwierige Fall, den Papinian L. 7. §. 1. h. t. entscheidet. Die Ehe war den 1. October geschlossen, und an diesem Tage auch dem Manne ein Weinberg zur Dos übergeben worden. Der Mann erhielt den ganzen Ertrag der Weinlese, und verpachtete am 1sten des nächsten Novembermonats das Grundstück nieder. Die Ehe ward aber am letzten Januar getrennt. Sie bestand also

14) L. 34. D. de Usuris et fruct. L. 88. §. 3. D. ad Leg. Falcid. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 590. S. 256. f.

15) S. Schrader cit. Commentat. §. 32.

nur vier Monate im Ganzen, von Zeit der neuen Verpachtung aber nur noch drey Monate. Hier ist nun der Fall, wo die Ehe in zwey verschiedene Fruchtperioden fällt, eine vollendete, und eine neue. Es fragt sich also, welche Früchte hier zur Theilung kommen, und wie die Theilung derselben zu machen sey? Papinian entscheidet diesen Fall auf folgende Art.

„Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, *vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio virb relinquatur.*“

Also a) die Früchte anlangend, welche zu theilen sind, so sind diese theils natürliche, schon eingeerndtete, nämlich die Weinlese, welche jedoch, zum Behuf der Theilung, zu Gelde anzuschlagen ist, theils bürgerliche, nämlich das Pachtgeld für das künftige Jahr, welches also zur Zeit der Ehescheidung noch nicht zahlbar war. Denn daß alle Früchte, welche in das letzte Jahr der Ehe fallen, sie seyen fructus naturales oder civiles, percepti oder pendentes [16]), zur Theilung kommen, ist schon oben bemerkt worden. Um aber b) die Rate derselben nach der Dauer des letzten Jahres richtig zu berechnen, muß eine zweyfache Periode unterschieden werden. 1) Die Dotationsperiode, welche hier vom 1. October begann. Von da an gerechnet, hatte die Ehe im ersten und letzten Dotaljahr im Ganzen vier Monate gedauert. 2) Die Zeit der Ver-

16) *L.* 7. §. 1. 2. 9. 10. 11. 12. *et* 15. *D. h. t. L. un.* §. 7. *et* 9. *Cod. de rei uxor. act.* S. Trendelenburg Diss. cit. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. §. VIII. nr. II. pag. 31. sq.

pachtung, welche vom 1. November des Dotaljahrs bis zum 1. November des folgenden Jahres läuft. In dieser hatte die Ehe noch drey Monate nach der Verpachtung des Dotalguts gedauert. Beyde Perioden sind hier zu berücksichtigen. Denn wollte man hier bey der Berechnung des Pachtgeldes über den ersten November hinausgehen, und den Pachtzins vom 1. October an rechnen, so würde daraus die grösste Unbilligkeit entstehen [17]). Der Mann würde ja dann für den Monat October Früchte und Pachtgeld zugleich erhalten. Es kann also nur der vierte Theil des Pachtgeldes für die zweyte Periode berechnet werden, wie auch Papinian ausdrücklich sagt, denn die 3 Monate des Pachtjahres, da die Ehe noch bestand, machen den vierten Theil dieser Periode aus. Duarenus [18]) hat daher nicht Unrecht, wenn er die Worte: non ex die locationis so erklärt, daß bey *non*, das tantum subintelligirt werden müsse, welches in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten mehrmals ausgelassen ist. Wenn nun aber Papinian sagt:

„vindemiae fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur;"

so werden diese Worte von den Rechtsgelehrten auf sehr verschiedene Art erklärt. Die griechischen Scholiasten haben sich darüber nicht deutlich geäußert. Dorotheus hat die Worte Papinians blos κατὰ πόδας übersetzt. Cyrill allein paraphrasirt diese Stelle folgendermaßen [19]):

17) S. Trendelenburg cit. Diss. §. X. pag. 38.

18) Comm. ad L. 7. §. 1. D. h. t. (*Operum* pag. 261.)

19) *Basilic.* Tom. IV. pag. 373.

Τῷ Ὀκτεμβρίῳ ἐπέδωκέ μοι ἀγρὸν ἡ γυνὴ ἔσχον ἐκ τοῦ τρυγητοῦ ιη'. νομίσματα. ἐμίσθωσα αὐτὸν τῷ Νοεμβρίῳ ξ'. νομισμάτων. ἐλύθη ὁ γάμος πρὸς τῷ πέρατι τοῦ Ἰανουαρίου. οὐ λαμβάνω τά τοῦ τρυγητοῦ, καὶ γ'. μηνῶν, ἀλλὰ σὺν αὐτοῖς δ'. μηνῶν. i. e. *Mense Octobri mulier fundum mihi in dotem dedit: percepi ex vindemia 18. locavi eum mense Novembri sexaginta nummis. Solutum est matrimonium in fine Januarii: non accipiam fructus vindemiae, et trium mensium, sed cum eis quatuor mensium.*

Es ist jedoch diese Paraphrase so dunkel, daß sie uns über den Sinn der Worte Papinians keinen Aufschluß giebt. Nicht minder unbefriedigend ist die Glosse des Justinianeischen Rechts, welche blos zu zeigen bemüht ist, warum nicht der dritte, sondern nur der vierte Theil des künftigen Pachtgeldes zur Theilungssumme kommt; und was nachher noch zur Erläuterung hinzugefügt wird, ist so dunkel und verwickelt, wie die Krümmungen des Mäandros.

Ulrich Zasius [20]) und Cujaz [21]) verstehen unsern Papinian so, daß der Ertrag der ganzen Weinerndte, mit dem vierten Theile des Pachtgeldes für das neue Fruchtjahr zusammengerechnet werden müsse, und daß von dieser Summe der Mann zu seinem Antheile ein

20) Comm. in Tit. Pand. Soluto matrim. ad L. 7. §. Divortio. (*Oper.* Tom. II. *Lugduni* 1550. f. pag. 42. nr. 3.)

21) Ad Pauli Sentent. Recept. Libr. II. Tit. 22. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 310.) Observation. Lib. XIV. Cap. 22. und in Commentar. in libr. X. Quaestion. Papiniani ad §. Papin. L. 7. D. h. t. (*Oper. postum.* a Fabroto *editor.* Tom. I. p. 296).

Drittel, die Frau aber zwey Drittel erhalte. Zasius giebt folgendes Beyspiel. Die gewonnene Weinerndte soll 30 Ducaten werth seyn, der Pacht für das künftige Jahr aber 12 Ducaten betragen. Der vierte Theil des Pachtgeldes a 3 Ducaten, mit dem Werthe der Weinlese zusammengerechnet, macht 33 Ducaten. Von dieser Summe erhalte der Mann zum dritten Theile 11 Ducaten, die Frau aber zu $\frac{2}{3}$. 22. Eben so Cujaz. Wenn die Weinlese, sagt er, 12 und eben soviel auch das Pachtgeld beträgt, so bekommt der Mann 5. Beträgt die Weinlese 24 das Pachtgeld 12, so erhält der Mann 9, und wenn die Weinlese 12 das Pachtgeld 24 beträgt, — 6. Consulantur mathematici, so lebhaft von der Richtigkeit seiner Berechnung überzeugt, fügt Cujaz hinzu, respondebunt, nihil esse aequius distributione *Papiniani*. Er beruft sich auch zum Beweis auf den Johann Buteo [22]), den größten Mathematiker seiner Zeit, welcher dieselbe gegen Accursius und Alciat vertheidiget habe.

Allein so faßlich, und den Worten gemäß auch diese Erklärung zu seyn scheint; so wenig entspricht sie dem Geist derselben. Denn man hat ihr mit Recht den Vorwurf gemacht, daß nach dieser Berechnung der Mann die Früchte von 5 Monaten erhalte, da doch die Ehe nur 4 Monate gedauert hat. Man nehme an, der Ertrag der vorjährigen Weinlese sey auf 12 geschätzt, und auf eben so hoch auch der Weinberg wieder verpachtet worden. Hier betrüge nun freylich, wenn 12 mit dem vierten Theile des Pachtgeldes zusammengerechnet werden, die Theilungssumme 15. Giebt man nun den dritten Theil davon dem Manne, so machen diese 5 nicht den dritten

22) Opera geometrica. (*Lugduni* 1554. 4.) pag. 145.

Theil von 12 sondern von 15 Monaten aus [23]). Wie stimmt nun dieß mit den Gesetzen überein, nach welchen die Früchte des letzten Jahres pro rata temporis, quo matrimonium stetit, oder wie Pomponius [24]) sagt, *pro portione anni, quo divortium factum est*, getheilt werden sollen. Der scharfsinnige Bachov von Echt [25]) sahe die Wichtigkeit dieses Einwurfs wohl ein, und glaubte, es könnte die Schwierigkeit durch eine Emendation gehoben werden, wenn man nämlich statt quatuor, *quinque mensibus* läse, zumal da Plinius [26]) berichte, daß die Weinlese in Italien in den September Monat falle. Allein die Kritic machte die Sache nur noch schwieriger. Dennoch erklärte sich Bachov für die Meinung, welche Cujaz mit seinem Mathematiker Buteo vertheidigte, weil sie mit den Worten am besten übereinstimme. Vielleicht, dachte er, wollte es Papinian mit Fleiß nicht so genau mit dem Manne nehmen, et vel propter diligentiam in locando adhibitam, vel propter incertum proventum fructuum, etiam pensionis, cuius dies iam cessisse videbatur, tertiam partem marito voluit relinqui. Wer möchte solche abgeschmackte unwürdige Gründe der Entscheidung des großen Papinians unterlegen, den Aelius Lampridius iuris

23) S. *Franc.* Connanus Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 10. fol 659. sq. (*Lutetiae* 1553. f.) und Schrader cit. Commentat. de divisione fruct. dotis. Sect. I. §. 8. pag. 15. sq.

24) *L.* 11. *D. h. t.*

25) Notae et Animadversion. ad *Treutlerum.* Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. XII. Lit. C. pag. 392. sq. (*Heidelbergae* 1618. 4.)

26) *Histor. Natur.* Lib. XVIII. cap. 51.

civilis apicem et doctrinae legalis thesaurum nennt? Richtiger sagt Franz Duaren[27]: ratio dividendi ac computandi tota mathematica est in *L. 7. D. Soluto matrim.*

Andreas Alciatus[28], der jene Meinung mit Recht verwirft, glaubt den Sinn des großen Rechtsgelehrten besser getroffen zu haben. Er sagt, es sey nicht die Meinung desselben gewesen, daß die Früchte der ganzen Weinlese mit dem vierten Theile des Pachtgeldes für das folgende Jahr zusammengerechnet werden sollten, sondern dem Manne gebühre der vierte Theil des Pachtgeldes, und von den Früchten der Weinlese sey ihm soviel zuzulegen, als der dritte Theil des jährlichen Ertrags betrage, so daß also der Mann zusammen den dritten Theil des Pachtgeldes erhalte, es möge übrigens die Weinlese soviel betragen, als sie wolle. Veluti, sagt er, si fundus duodenis locatus sit, ternos maritus acquirat, *et demum ex vindemiae fructibus tantum illi suppleatur, quantum satis sit, ad tertiam portionem constituendam:* quod ex praedicto casu unum erit: et quamvis vindemia vel denis, vel *quoquo pretio* aestimata proponatur, ex ea id solum marito relinqui debeat, quod mercedi additum, *tertiam reditus partem faciat.* Allein daß Alciat nichts weniger, als die Meinung Papinians getroffen habe, leuchtet in die Augen. Er bestimmt ja hier blos den dritten

27) In Scaevola. *Oper.* pag. 792. nr. 7. Daß Papinian ein guter Mathematiker gewesen, hat *Ev.* Otto in Papiniano Cap. VIII. §. 2. pag. 191. sq. (*Bremae* 1743. 8.) gezeigt.

28) Paradoxor. iuris civ. Lib. III. cap. 1.

Theil nach der Größe des Pachtgeldes, ohne auf den Werth der Weinerndte, die doch der Mann schon gemacht hat, Rücksicht zu nehmen. Heißt das vindemiae fructus et quartam portionem mercedis instantis anni *confundere?*

Eben deswegen verwarf auch Franz Duaren[29] die Berechnung Alciats. Seine eigne Meinung, die auch Hugo Donellus[30] zu der seinigen gemacht hat, geht dahin. Da die Ehe vier Monate gedauert hat, welche den dritten Theil des Jahres ausmachen, so gebührt, nach diesem Zeitverhältniß, dem Manne, wie auch Papinian lehrt, der dritte Theil der Jahresfrüchte. Dieser dritte Theil des ganzen reditus annui sey nun theils aus den gezogenen Früchten der Weinlese, theils aus dem Pachtgelde des künftigen Jahres zu berechnen. Beydes müsse aber bey der Berechnung und Theilung der Früchte darum verbunden werden, damit nicht einer von beyden Theilen bey dieser Theilung verletzt werde, wenn man den dritten Theil der jährlichen Einkünfte entweder aus dem bloßen Pachtgelde, oder aus den Früchten der Weinlese allein berechnen, und darnach bestimmen wollte. Die Berechnung müsse also auf eine solche Art geschehen, daß auf Beydes zugleich verhältnißmäßig Rücksicht genommen wird. Wie viel nun aber von Beyden zu nehmen sey? habe zwar Papinian bey dem Pachtgelde des künftigen Jahres bestimmt, nämlich der vierte Theil, und zwar mit Recht, denn von

29) Disputation. anniversariarum. Lib. I. Cap. 60. (*Opp.* pag. 1055. sq.)

30) Commentarior. de iure civili. Lib. XIV. Cap. 7. §. 17. pag. 225—228. (Vol. VIII. edit. *Norimberg.* 1805. 8. a Buchero contin.)

Zeit der Verpachtung an habe die Ehe noch drey Monate gedauert, also den vierten Theil vom Jahre. Allein wie viel von den Früchten der Weinlese des vorigen Jahres zu nehmen sey? habe Papinian nicht erklärt. Er sage nur schlechthin: *vindemiae fructus, et quartam portionem mercedis instantis anni confundi debere.* Verhältnißmäßig könnten nun auch dieses nicht alle Früchte seyn, sondern nur die Früchte von Zeit der geschlossenen Ehe an, da der Weinberg Dotalgut geworden war, bis auf die Zeit der neuen Verpachtung desselben. Da nun in dem Jahre, in welchem die Weinlese war, die Ehe nur erst einen Monat bestanden hatte, so könne die Meinung Papinians keine andere seyn, als daß von den Früchten dieses Jahres der Theil von einem Monate, d. i. der zwölfte Theil mit dem vierten Theile des Pachtgeldes des folgenden Jahres verbunden werden solle. Duaren giebt folgendes Beyspiel. Das Pachtgeld beträgt 12 Dukaten, die Weinlese 24. Rechnet man das Pachtgeld allein, so bekäme der Mann 4 Dukaten, als den dritten Theil von 12. Rechnet man aber die Früchte der Weinlese allein, so bekäme er 8 Dukaten, als den dritten Theil von 24. Allein Beydes sey unrichtig. Rechnet man hingegen mit dem vierten Theile des Pachtgeldes, die Früchte der Weinlese nicht ganz, sondern blos für die Zeit, da die Ehe vor der Verpachtung bestand, also einen Monat, so betrage der dem Manne von den Früchten des letzten Ehejahres nach dem Verhältniß der Dauer desselben gebührende dritte Theil 5 Dukaten, nämlich 3 als den vierten Theil des Pachtgeldes, und 2 Dukaten, als den zwölften Theil der Früchte der Weinlese, welche auf 24 Dukaten geschätzt worden sind. Dieser Calculus hat nun zwar an sich ungemein viel Wahrschein-

liches, und er würde, da er höchst einfach ist, vor allen bisherigen den Vorzug verdienen, wenn es uns hier an gesetzlichen Bestimmungen fehlte. Allein gerade diesen ist die Berechnung Duarens ganz zuwider. Denn, abgesehen davon, daß auf das Dotationsjahr keine Rücksicht genommen worden; so fehlt es ja hier Erstens an der Bezeichnung eines gewissen Ganzen, welches zu theilen ist. Sodann aber wird auch Zweytens auf eine dem Sinn der L. 7. durchaus widersprechende Art der Ertrag der Weinlese für den zwölften Theil dieser Früchte erklärt, und die Worte ex ea pecunia sind in einer Bedeutung genommen, welche ganz ungewöhnlich ist. Denn nach Duarens Meinung behielte ja der Mann die ganze summa confusa, da doch derselbe ex ea pecunia, quae per confusionem reducta est, nach der ausdrücklichen Bestimmung Papinians, den dritten Theil erhalten soll [31].

## §. 1276. f.

### Fortsetzung. Prüfung der Erklärungen von Pacius und Martucius.

Julius Pacius [32], welcher mit Recht alle vorhergehenden Meinungen verwirft, und dem auch *Henr. a* Suerin [33], und Trendelenburg [34] beystimmen,

31) S. *Jo. Dominic.* Martucius Variar. explanation. iuris Lib. II. Cap. 71. pag. 238. sq. (edit. Struvii *Jenae* 1683. 4.)

32) Comm. cit. ad Papinianum de fructib. dotis dividend. pag. 91. sq.

33) Repetitar. Lection. iuris civ. Lib. Cap. 32. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 50.)

34) Diss. de iure fructuum inprimis post Augustum matureſcentium. §. 9—11.

bringt alle Früchte des Dotationsjahres zur Theilung, und rechnet solches in dem Falle, von welchem Papinian spricht, vom 1. October, als dem Tage des übergebenen Dotalguts, bis wieder auf denselben Tag des folgenden Jahres. Die Theilung macht er nun so, daß er mit den Früchten der Weinlese das Pachtgeld verbindet, welches er vom 1. November an, da die Verpachtung geschahe, bis zum 1. Octob. des folgenden Jahres auf 11 Monate rechnet. Beträgt also die Weinlese 12. und eben soviel auch das Pachtgeld vom 1. November bis wieder auf diesen Tag des folgenden Jahres, so macht das letztere vom 1. October bis zu denselben Tage des folgenden Jahres auf 11 Monate, 11. Verbindet man 12. mit 11. so besteht die zu vertheilende Summe aus 23. Von dieser Summe erhalte also der Mann zum dritten Theile $7\frac{1}{3}$.

Allein auch diese Erklärung hat gegen sich, Erstens, daß sie mit dem Gesetz nicht übereinstimmt. Denn nach Papinian soll ja nur quarta portio mercedis mit der Weinlese verbunden werden. Zweytens entsteht daraus die Unbilligkeit, daß hier statt der Früchte eines Jahres die Früchte von beynahe zwey Jahren vertheilt werden, welches offenbar gegen die Gesetze streitet, nach denen die Grundsätze vom ususfructus hier keine Anwendung finden sollen [35]).

Johann Dominicus Martucius [36]) rechnet von Zeit der getrennten Ehe an rückwärts. Weil nämlich die Ehe in drey Monaten nach der Weinlese getrennt worden

35) S. Martucius c. l. pag. 240. und Schrader cit. Commentat. de divisione fructuum dotis. §. 18. pag. 30.

36) Variar. explanat. iuris. Lib. II. cap. 71. nr. 17. p. 240.

ist, so glaubt er, daß der vierte Theil des Pachtgeldes nur mit dem dodrans fructuum zu verbinden, und aus dieser pecunia sic confusa der dritte Theil dem Manne zu überlassen sey. Er giebt folgendes Beyspiel. Die Früchte der Weinlese sind auf 12. geschätzt, dodrans von 12. sind 9. Das Pachtgeld des künftigen Jahres beträgt auch 12. der vierte Theil davon sind 3. Jene 9. und diese 3. zusammen gerechnet, machen 12. Hiervon gebühre nun dem Manne der dritte Theil also 4., weil die Ehe vier Monate gedauert hat. Ganz damit stimmt auch Johann Robert überein, wie aus seinen Controversen mit Cujaz [37]) erhellet, und Hugo Grotius [38]) glaubt nicht anders, als daß vindemiae fructus *dodrans* gelesen werden müsse. Diese Erklärung ist jedoch so wenig dem Gesetz gemäß, als die vorhergehenden. Welcher vernünftige Mensch könnte sich überzeugen, daß Papinian fructus statt fructuum dodrans gesagt haben sollte, da er den Theil des Pachtgeldes so genau bestimmt [39])? Eben dieß gilt auch von der Erklärung des Heinrich [40]) und Samuel von Cocceji [41]).

37) Controversiae Roberti et Cujacii. Lib. II. cap. 7. (in *Operib.* a Fabroto edit. Tom. X.)

38) Florum sparsio ad ius Justinianeum ad L. nostr. pag. 187. (edit. *Halens.* cum praef. *Gebaueri* 1729. 8.)

39) S. Schrader cit. Commentat. §. 14.

40) Diss. de proportionibus Sect. II. und Desselben Diss. de iure seminis. Sect. III. (in Ejusd. *Exercitationib. curios.* Tom. I.)

41) Jus civ. controv. h. t. Qu. 2.

## §. 1276. g.

### Erklärungen des Anton Merenda, Anton Fabers, und Lud. Charondas.

Anton Merenda[42]) glaubt den Knoten völlig gelöst zu haben. Der Sinn Papinians, sagt er, sey offenbar, daß er dem Manne den dritten Theil aller Früchte zueignen wolle. Aber Keiner habe noch mit Uebereinstimmung der Worte desselben und des rechtlichen Entscheidungsgrundes gezeigt, wie aus der von diesem Rechtsgelehrten vorgelegten Art der Theilung der Mann den dritten Theil der Früchte erhalte. Hierin liege alle Schwierigkeit. Um diese zu heben, sey zu bemerken, daß Papinian nicht von dem Falle rede, da ein Weinberg zur dos gegeben worden, wie alle Ausleger angenommen haben, sondern er rede von einem solchen Falle, da ein fundus zum Heyrathsgute sey eingebracht worden, welcher, außer der Weinlese, auch noch andere Früchte hervorgebracht hätte, auf welche hier Papinian bey seiner Art der Vertheilung Rücksicht genommen habe[43]). Daß nicht gerade ein Weinberg zur dos gegeben worden sey, erhelle nicht nur aus den Worten desselben: Neque enim, si *vindemiae tempore* FUNDUS *in dotem datus sit* etc. denn etwas Anders sey fundus, etwas Anders Vinea; außer Weintrauben seyen also hier noch andere Früchte geerndtet worden; sondern

42) Controversiar. iuris Lib. III. cap. 10. §. 5—7. pag. 24. (*Brüxellis* 1745. f.)

43) Daß es wirklich solche Weinberge gegeben habe, in welchen außer den Weinstöcken auch noch andere Fruchtbäume gepflanzt gewesen, und noch andere Früchte, z. B. zum Viehfutter, seyen gezogen worden, läßt sich nicht läugnen. S. Columella *de R. R.* Lib. V. cap. 6.

es folge dieß auch schon daraus von selbst, weil ja nur die Früchte von einem Jahre getheilt werden sollen. Papinian müßte daher albern gewesen seyn, wenn er, außer der Weinlese, welche dann alle Früchte enthalten hätte, auch noch den vierten Theil des Pachtgeldes, welcher für das folgende Jahr gehörte, zur Theilung sollte gezogen haben. Indem nun Papinian den vierten Theil des Pachtgeldes in Anschlag bringt, so gehe seine Absicht blos dahin, daß der Mann auch von den übrigen Früchten des Grundstücks seinen Theil erhalte. Er setze also voraus, daß der vierte Theil des Pachtgeldes dem Werthe der übrigen Früchte gleiche, und theile daher richtig, wenn er mit der Weinlese den vierten Theil des Pachtgeldes verbindet. Denn auf solche Art kämen nun alle Früchte desselben Jahres zur Theilung, und der Mann bekomme davon den dritten Theil, weil die Ehe vier Monate bestand. Auf diese Ansicht ist auch die Erklärung Anton Fabers[44], und Ludwig Charondas[45] gebaut. Anton Faber glaubt nur, es sey darüber gar kein Zweifel gewesen, daß der Mann von den Früchten der Weinlese den dritten Theil erhalte. Die Worte: *non a die locationis*, bewiesen vielmehr deutlich, daß hier von den Früchten des Pachts die Rede sey, weil der fundus noch andere Erndten enthalten habe, worüber der Pacht geschlossen worden sey. Da nun seit dieser Verpachtung die Ehe nur noch drey Monate gedauert habe, so sey darüber Zweifel entstanden, ob dem Manne von dem Pachtgelde der dritte

44) Coniecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 13. pag. 13—16. (*Aurelian. Allobrog.* 1609. f.)

45) Παιδαγωγ seu Verisimilium Lib. I. cap. 10. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 707.)

oder nur der vierte Theil gebühre. Diesen Zweifel habe nun Papinian durch seine Entscheidung so gelöst, daß, mit Rücksicht auf die vorhergehende Zeit, da die Ehe bestand, auch von diesem Pachtgelde der dritte Theil dem Manne zuzueignen sey. Das Resultat seiner Meinung faßt er nun in folgenden Worten zusammen. Ergo cum *Papiniano* concludendum est, fructus dividi non inspecto locationis, sed traditi fundi die: quod si ita est, omnino sequitur, in proposito casu divisionem sic fieri oportere, ut *ex viginti quatuor aureis*, qui in fructu sunt, *octo* maritus retineat, *sexdecim* vero mulieri restituat. Octo, inquam, hoc est, quatuor ex vindemia, quatuor etiam ex mercede. Idque ex regula a *Papiniano* constituta sic necessario sequitur, ut ex ea nihil aliud inferri vere possit. Charondas weicht blos darin vom Faber ab, daß er dem Manne von der Weinlese den dritten, von dem Pachtgelde aber den vierten Theil zueignet. Fingamus, sagt er, quatuor et viginti aureorum fructus vindemiae ante divortium a marito perceptos fuisse: reliquos autem instantis anni fructus (*messes* scilicet) duodecim aureis locatos, (excipio semper *vindemiam*) quaeritur, quot maritus aureos retinere possit? Si vindemiae tantum rationem habeamus, octo retinebit: illi enim tertiam fructuum partem constituunt. Sed et ex instantis anni mercede quarta pars, quae tribus aureis aestimatur, cum illis confundi debet; ut ex ea pecunia fiat et confletur tertia totius annui reditus portio, quam *undecim aureorum* esse constat. *Confundere* enim est, in contributionem venire, computare, in computationem venire.

Allein bey diesen Erklärungen ist ja die Geschichtserzählung Papinians ganz offenbar entstellt. Wo steht denn, daß die Weinlese den größern Theil der Früchte ausgemacht, und blos die übrigen Fruchterndten, welche das zum Heyrathsgute gegebene Grundstück noch enthalten habe, verpachtet worden sind? Merenda macht sich diesen Einwurf selbst, und widerlegt ihn so, daß Ulpian, hier den Papinian nicht vollständig excerpirt habe, welches er darum nicht für nöthig gehalten, weil seine Schriften ohnehin in Aller Händen sich befunden hätten. Viros doctos, sagt er, in recensendis aliorum sententiis consuevisse rem pressius explicare, quam ii faciant, qui eius auctores sunt, satis esse putantes, mentem auctoris exponere; si quis enim rem non intellexerit, auctorem ipsum adire poterit. Allein aus dem ganzen Zusammenhange ergiebt sich, daß der fundus, von welchem hier die Rede ist, ausser der Weinlese, keine anderen Früchte hervorgebracht habe, welche von der Erheblichkeit gewesen, daß darauf hätte Rücksicht genommen werden können. Die Worte: alioquin si, *coactis vindemiis*, altera die divortium intercedat, INTEGROS FRUCTUS retinebit, beweisen offenbar, daß in der Weinlese allein alle Früchte des Grundstücks bestanden haben. Charondas beruft sich zwar auf den §. 3. *L. 7. h. t.* wo ja die *messes* eius anni, quo divortium factum, als ganz verschieden von der Weinlese, genannt sind. Allein diese Stelle beweist weiter nichts, als daß hier von einem andern Falle die Rede sey. Hiermit widerlegt sich die Ansicht von selbst, daß die Verpachtung blos auf die übrigen Früchte, ausser der Weinlese, gegangen sey. Das Gegentheil zeigen die Worte: *fundum fruendum locaverit*, welche gar keinen Zweifel

übrig lassen, daß nicht blos ein Theil der Früchte, sondern das ganze Grundstück verpachtet worden sey. Wenn Anton Faber behaupten will, es sey über den dritten Theil der Weinlese nie ein Zweifel erhoben worden; so ist auch dieß ganz irrig. Papinian verwirft ja die Meinung derjenigen ausdrücklich, welche dem Manne die Früchte der Weinlese ganz, und noch den vierten Theil des Pachtgeldes zueignen wollten. Das Ungereimte in der Erklärung des Charondas aber hat keiner deutlicher vor Augen gelegt, als Charondas selbst, wenn er sagt: Equidem scio, si integri fructus vindemiae cum tota mercede addantur, eos *triginta sex* constituere, ut *duodecim* potius tertiam eorum partem faciant. *Sed iuris nostri authores non adeo et ad singulas, ut aiunt, fractiones, suas computationes exegerunt, maxime cum nec aequum videretur, ut tertiam illam partem praecise haberet: quod et ex vindemiae fructibus, et ex quarta mercedis parte, quantum iustum videbatur, retineret* [46]).

## §. 1276. h.

**Fortsetzung. Franz Connanus kommt der Entscheidung Papinians am nächsten.**

Mit Recht setzt Everard Otto [47]) den Grund aller dieser unrichtigen Erklärungen in der Unkunde der Mathematik. *Nam haec est fundi nostri calamitas*, sagt er: *ut Mathesis ab omnibus fere aut negligatur, aut defunctorie attingatur.* Nur diejenigen Rechtsgelehrten haben daher die Entscheidung des Papinians

46) S. Schrader cit. Comm. §. 19.

47) In Papiniano Cap. VIII. §. 2. pag. 188. in f. et sq.

richtig erklärt, oder sind wenigstens der Wahrheit sehr nahe gekommen, welche die Mathematik dabey zu Hülfe genommen haben. Unter diesen verdient Franz Connanus [48]) zuerst genannt zu werden. Dieser große Rechtsgelehrte, den Cujaz [49]) gewiß zu unbillig beurtheilt hat, wenn er von ihm sagt, er sey zwar vir doctissimus, sed non iuris: corrumpit iudicium, et tempus perdit, qui in eius commentariis illud ponit; dieser Connanus war der erste, welcher der Entscheidung Papinians dadurch am nächsten kam, daß er einsahe, es müsse, weil das Dotationsjahr in zwey natürliche oder Fruchtjahre fällt, ein gewisses mitleres Verhältniß (medii annui proventus) ausgerechnet, und darnach der dem Manne gebührende dritte Theil bestimmt werden. Denn gerade in der unrichtigen Erklärung der Worte Papinians: ut *ex ea pecunia* tertia portio viro relinquatur, worauf hier alles ankommt, lag der Fehler der bisher angeführten unrichtigen Erklärungen, die daher Connanus mit Recht als unbillig verwirft. Er war der erste, welcher das Wort EX richtiger, als alle seine Vorgänger, durch κατὰ, secundum, erklärte, in welcher Bedeutung dieses Wort auch sonst, sowohl in den Gesetzen, als von den römischen Klassikern, selbst vom Cicero gebraucht wird [50]).

48) Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 10. fol. 639. sqq.

49) Commentar. in libr. X. Quaestion. Papiniani ad L. 48. D. de fideiuss. (*Oper. postum.* a Fabroto *edit.* Tom. I. pag. 276.

50) S. Brissonius de Verbor. quae ad ius civ. pert. Significat. voc. Ex. nr. 6. und Jo. Strauchii Lexicon. particular. iuris Voc. Ex nr. 11. pag. 68. (*Jenae* 1684. 4.)

Seine Meinung geht nun dahin. Da hier das Dotationsjahr in zwey Fruchtjahre eingreift, so habe Papinian die Theilung der Früchte so regulirt und ermäßiget wissen wollen, daß die ganze Weinlese-Frucht des einen und das Pachtgeld des andern Jahres mit einander vermischt, und aus den Früchten dieser beyden Jahre eine billige Schätzung von einem Jahre (unius aequa aestimatio) gemacht werde, wovon dann der dritte Theil dem Manne zu lassen sey. Wird also der Werth der Weinlese auf 12. geschätzt, und auch das Pachtgeld 12. beträgt; so wird der Mann zum dritten Theile nicht mehr als 4. erhalten; und wenn die Weinlese 24. ertrug, das Pachtgeld aber nur 12. beträgt, so machen die beyden Jahre, auf Eins reducirt, 36. Wird diese Summe für beyde Jahre gleichmäßig vertheilt, so kommen auf jedes Jahr 18. Von diesen erhält der Mann den dritten Theil, d. i. 6.

Durch diese rechtliche Gleichmäßigkeit sey dem Manne und der Frau ein Genüge geschehen, so daß jeder einen gewissen Theil an dem Gewinn und Verlust hat, welcher aus der Vermehrung oder Verminderung der Früchte der Weinlese oder der Verpachtung erwachsen kann. Denn wenn der Mann seinen ganzen dritten Theil aus der Weinlese erhielte, so hätte er 8. Bekäme er ihn blos aus dem Pacht, so hätte er nur 4. Nun aber entstehe durch die gleichmäßige Vermischung beyder Jahre ein gewisses mitleres Rechtsverhältniß, indem er nun 6. erhält. Wenn also Papinian sagt: vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur; so sey dieß nicht so zu verstehen, daß aus der Summe, welche durch die Verbindung der Früchte und des dritten

Theils des Pachtgeldes entstanden ist, dem Manne der dritte Theil gegeben werde, sondern daß er nicht aus den Früchten der Weinlese seinen ganzen drtten Theil erhalte, und so auch hinwiederum nicht aus dem vierten Theile des Pachtgeldes, d. h. daß nicht blos auf dieses Pachtgeld allein Rücksicht genommen, und also nach dem Verhältniß des Betrags dieses vierten Theils berechnet werde, weil er dann nie mehr, als 4. haben würde, die Früchte der Weinlese möchten gegolten haben, soviel sie wollten; sondern theils aus dem Ertrage der vorjährigen Weinlese, theils aus dem vierten Theile des Pachtgeldes, so daß er aus beyden auf gleiche Weise seinen dritten Theil erhalte, nämlich aus dem dritten Theile der Weinlese, und dem dritten Theile des Pachtgeldes, und zwar von jedem die Hälfte. Nun beträgt der dritte Theil der Weinlese 8. Ducaten, den ganzen Ertrag zu 24. gerechnet, der dritte Theil des Pachts aber 4. von 12. Diese machen zusammen die Summe von 12 Ducaten. Hiervon wird also der Mann die Hälfte, also 6. zu seinem dritten Theile erhalten.

Der Grund dieses Gutachtens wird übrigens daraus hergeleitet, weil der Mann die Früchte der Weinlese selbst geerndet hatte. Diese hätte er sich alle zu eigen machen können, wenn die Ehe ein ganzes Jahr gedauert hätte. Wäre also z. B. die Ehe am letzten September getrennt worden, welche der Mann am 1. October des vorigen Jahres geschlossen hatte, so würde er die Früchte der ganzen Weinlese lucrirt haben, das Pachtgeld für das folgende Jahr hätte er denn aber auch seiner Frau allein überlassen müssen. Denn jedem Jahre gehören seine Früchte ganz, sie mögen betragen, soviel sie wollen, und sind

nicht mit den Einkünften anderer, vorhergehender, oder nachfolgender Jahre zu vermischen.

Allein auch diese Erklärung, so nahe sie auch der Entscheidung Papinians kommt, ist doch auch von dem Vorwurf nicht frey, daß sie mit den Worten Papinians nicht ganz übereinstimmt, nach welchen nicht das ganze Pachtgeld mit der ganzen Weinlese, sondern nur der vierte Theil des Pachtgeldes mit der Weinlese verbunden werden soll. Eben dieß hat auch schon Martucius [51]) mit Grund gegen die Erklärung des Connanus erinnert. Wenn er aber weiter dagegen eingewendet hat, er habe sein Jahr aus zwey Jahren ohne Grund und sine ulla legis auctoritate zusammengesetzt, ja offenbar gegen Papinians Meinung, welche das Eheſcheidungsjahr theilt, nicht dieses Eheſcheidungsjahr zum Grunde gelegt, sondern ein Jahr aus diesem und dem Pachtjahre gemacht habe, so thut er ihm hier offenbar Unrecht. Denn daß Papinian das Dotationsjahr, und nicht das Eheſcheidungsjahr theile, ist schon oben gezeigt worden. Dieses Dotationsjahr aber kann nicht anders, als nach den zwey Fruchtjahren bestimmt werden, in welche es eingreift [52]). Mit mehrerem Grunde ließe sich gegen die Erklärung des Connanus noch dieses einwenden, daß durch dieselbe das Verhältniß der Früchte des andern Fruchtjahres zur Dauer der Ehe, so weit sie in dasselbe eingreift, nicht gehörig bestimmt worden [53]).

51) Variar. explanation. iur. Lib. II. Cap. 71. nr. 12. p. 236.

52) S. Schrader Commentat. cit. Sect. I. §. 10. pag. 20. in fin. et seq.

53) Schrader §. 20.

§. 1276. i.

Neueste Erklärung und Berechnung von Eduard Schrader.

Den Weg zur richtigen Erklärung zeigte zwar Connanus, aber er verfolgte ihn nicht. Die richtige Erklärung der schwierigen Stelle verdanken wir allein dem Forschungsgeiste und der Gelehrsamkeit des Herrn Prof. Schrader [54]), dem alle Neuere [55]) gefolgt sind. Der Sinn derselben, sagt er, ist folgender. Der Mann erhält den dritten Theil, nämlich der Früchte des ganzen Jahres. Hiermit wird also nur eigentlich die Größe der Portion bestimmt, welche der Mann erhält, dahingegen wird, wenn man dem Worte EX die richtige Bedeutung von secundum, oder dem griechischen κατὰ beylegt, nicht ausdrücklich gesagt, von welcher Summe der Mann den dritten Theil erhalten soll. Diese kann nun nach allgemeinen Principien [56]) keine andere seyn, als der jährliche Ertrag (annui proventus). Denn vier Monate machen den dritten Theil des Jahres aus. Nun sind aber die Einkünfte des Dotationsjahres, welches doch bey dieser Berechnung zum Grunde zu legen ist [57]), da solches in zwey natürliche oder Fruchtjahre eingreift, weder den Früchten des erstern, noch des andern gleich. Es muß also ein gewisser Mittelwerth (medius quidam valor) angenom-

54) Diss. cit. de divisione fructuum dotis. Sect. I. §. 9—11. et Sect. II. §. 33. sqq.

55) S. Hufeland's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. B. §. 952. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 687. von Wening Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 48. S. 35.

56) *L.* 78. §. 2. *D. de iure dot.*

57) *L.* 5. *et* 6. *D. h. t.*

men werden. Da aber diese medii proventus auf verschiedene Art bestimmt werden können; so gefiel es dem Papinian, dieselben nach dem Verhältniß der Summe, oder des Geldes zu berechnen, welches aus der Vermischung der Früchte des einen Jahres, mit dem vierten Theile des Pachtgeldes des andern Jahres sich gemacht hat. Nun sind diese annui proventus medii nach einer geometrischen Proportion leicht zu bestimmen, weil die berechnete Summe (pecunia confusa) gerade 15 Monaten gleichkommt. Daß aber die Summe wirklich 15 Monaten entspreche, sey keinem Zweifel unterworfen, weil man bey Früchten auf die ganze Zeit, da sie gebauet und gepflegt werden, zu sehen hat [58]), daher müssen die Früchte der Weinlese für das ganze Jahr berechnet werden. Daß auch der vierte Theil des Pachtgeldes für das folgende Jahr dem vierten Theile des Jahres, d. i. 3 Monaten gemäß sey, leuchtet schon die Berechnung an sich.

Nun zur Anwendung. Ich will Schraders [59]) Worte selbst beybehalten. Quodsi itaque, sagt er, proportio illa geometrica formatur, habemus

15 menses : 12. menses = 12 a + 3 b: fructus anni dotationis. Qui itaque fructus annales sunt $= \frac{(12\,a + 3\,b \,.\, 12}{15}$. Cuius summae si tertia portio viro relinquitur, eidem cedit $\frac{(12\,a + 3\,b) \,.\, 4.}{15}$

Sive ut exemplis quibusdam res iis, qui generaliores computus non capiunt, quodammodo pate-

58) *L.* 7. §. 9. *D. h. t.*

59) Commentat. cit. Sect. I. §. 9. pag. 18.

fiat, sit *primum* prioris anni proventus = 12 thaleris, secundi anni item = 12, pecunia confusa erit $= 12 + \frac{12}{4} = 15$. Quae quum quindecim mensibus conveniat, inde per Regulam de tribus sequentem

$$15 - 15 - 12?$$

facillime, quae duobus conveniat, definietur. Ergo proventus annalis medius est = 12, cuius tertia portio marito relinquenda est = 4. Sit *secundo* prioris anni proventus = 12, secundi = 24, pecunia confusa erit $= 12 + \frac{24}{4} = 18$; unde per Regulam de tribus

$$15 - 18 - 12?$$

proventus annalis medius prodit $= \frac{18 \cdot 12}{15} = \frac{6 \cdot 12}{5}$ eiusque summae tertia portio marito relinquenda $\frac{2 \cdot 12}{5} = \frac{24}{5} = 4\frac{4}{5}$.

So ſtimmt alles ſowohl mit den Worten des Geſetzes, als mit den allgemeinen Vorſchriften überein, welche in den vorhergehenden Geſetzen enthalten ſind. Ueberdem wird dieſe Erklärung gerechtfertiget durch die Bedeutung des Worts *confundere*, welches hier nichts anders heißt, als miscere, simul sumere, coniungere, sibi invicem addere [60]). Beſonders

60) S. §. 27. *et* 28. *I. de Rer. divis. Sam. de* Cocceji in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. P. II. pag. 204. verwirft zwar dieſe Bedeutung, und meint das Wort *con-*

aber deutet dieses Wort auf eine gewisse Einheit hin, welche aus dieser Vermischung entsteht. Nun ist bey dieser Interpretation ein mixtus proventus annalis angenommen worden. Sie ist ferner auf die allgemeinen Regeln gegründet, nach welchen die Früchte nach dem Verhältniß der Zeit zwischen dem Mann und der Frau getheilt werden sollen. Daraus erklärt sich auch, warum Papinian sich etwas zu dunckel ausdrückt, wenn er *tertia portio* statt tertia annalium proventuum portio sagt. Denn da bey der Entscheidung des streitigen Falles überall nur von einer Theilung des ganzen Jahres-Ertrags die Rede ist, so habe er eine genauere Bestimmung hinzuzufügen nicht für nöthig gehalten. Ja es ergiebt sich aus den vorhergehenden Gesetzen als eine nothwendige Folge, daß zur Bestimmung des dritten Theils medii proventus, nach dem Verhältniß der pecuniae

*fundi* in der Beziehung auf vindemia iuncta cum quarta parte mercedis, könne hier nicht durch *misceri* erklärt werden, sondern bedeute hier soviel, als *absorberi*, *extingui*. Es sey also hier vielmehr von einem solchen *misceri* die Rede, ut, quae mixta est, vindemia amplius seorsim non existat, sed quasi sub quarta parte mercedis comprehendatur; in welchem Sinne auch von Servituten und Klagen gesagt werde, eas confundi. Aus dieser pecunia confusa, d. i., aus dem Pachtgelde des ganzen Jahres, gebühre dem Manne der dritte Theil, nämlich 3 Theile seyen für die 3 Monate des Pachtjahres, und ein Theil für die Weinlese, welche absorbirt sey, zu rechnen. Allein daß diese Bedeutung von confundi, in welchem es von entgegengesetzten Rechten und Rechtsverhältnissen genommen wird, hier gar nicht passend, und überhaupt die ganze Erklärung gezwungen, ja offenbar unrichtig sey, hat Schrader cit. Commentat. Sect. I. §. 15. gezeigt.

confusae, angenommen werden müssen. Bey dieser Erklärung fällt denn auch aller Vorwurf von Unbilligkeit oder Ungereimtheit weg, von welchem fast keine der ältern Erklärungen ganz frey ist.

Um denjenigen zu Hülfe zu kommen, welche sich auf die algebraischen Formeln nicht verstehen, werden zu mehrerer Deutlichkeit folgende Regeln gegeben [61]):

1) Duc fructus posterioris periodi in numerum mensium, per quem in ea periodo matrimonium stetit. Quod factum divide per numerum mensium periodi, qua fructus redduntur (v. c. in anno per 12).

2) Numero inde proveniendi adde fructus prioris periodi.

3) Quam summam duc in numerum omnium mensium matrimonii dotati.

4) Numerum inde provenientem divide per numerum mensium, quo posteriore periodo naturali, (verbi causa anno) matrimonium stetit, auctum numero mensium huiusce periodi, (in anno auctum numero 12).

Zur Erläuterung dieser Regeln giebt Schrader folgendes Beyspiel [62]).

Sponso fundus frumento colendo inserviens anno 1802. statim post messes factas in dotem traditus sit, nuptiae d. 21. Januarii a. 1803. celebratae, d. 28. Decembris eiusdem anni matrimonium

61) S. Schrader Cit. Comment. Sect. II. §. 33. pag. 51. eq.

62) Schrader §. 34.

solutum sit. Periodi, quibus talis ager fructus reddit, annales sunt, a fine Septembris usque ad idem tempus rediens productae: est r = 12. Fructus anno 1803. percepti deductis impensis sint = $432\frac{1}{2}$ thal., fructus 1804. percepti = $516\frac{2}{3}$ th. Iam, quia hoc casu fundus ex die 21. Januarii dotalis esse incipit, est numerus omnium mensium, per quos matrimonium stetit, m = $11\frac{7}{30}$. Concernentium annorum naturalium prior a fine Septembris 1802. usque ad idem tempus 1803; posterior inde usque ad idem tempus 1804. producitur. In quem itaque matrimonium mensibus Octobri, Novembri et parte Decembris i. e. $2\frac{28}{30}$, ingreditur, unde est n = $2\frac{28}{30}$, i. e. fere = $2\frac{9}{10}$. Sunt fructus prioris anni naturales F′ = $432\frac{1}{2}$, posterioris F″ = $516\frac{2}{3}$. Hinc numerus primae regulae, sive $\frac{n}{r}$ F″ fit = $\frac{2\frac{9}{10} \cdot 516\frac{2}{3}}{12}$

= $\frac{29 \cdot 155}{3 \cdot 12}$ = $124\frac{17}{36}$. Cui si addimus ex regula secunda, F′ = $432\frac{1}{2}$, efficitur summa = $557\frac{13}{36}$, pro quo numero, facilioris computus causa, qui proxime accedit, $557\frac{1}{3}$ ponatur. Unde ex formula sive regulis 3 et 4, marito debebuntur

$$\frac{557\frac{1}{3} \cdot 11\frac{7}{30}}{14\frac{9}{10}} = \frac{1672 \cdot 337}{1341}.$$

Quae multiplicatio et divisio facillime logarithmorum ope ita instituitur:

| | | |
|---|---|---|
| (+) log. | 1672 = | 3,2232363. |
| (+) log. | 337 = | 2,5276299. |
| (−) log. | 1341 = | 3,1274288. |
| | | 2,6234374. |

Cui logarithmo numerus 420, 182, i. e. 420. thal. 4. bon. gross. 4 pf. respondet. — Quod si non mediorum proventuum annuorum, sed fructuum prioris anni pars tempori, per quod matrimonium stetit, rata illi assignaretur, 404 thal., si posterioris 482, secundum CUJACIUM computando, 522 th. i. e. quamvis matrimonium dotatum non per unum annum duraverit, plus quam proventus annui maiores, secundum DUARENUM, quod proxime ad verum accedit, 413 acciperet.

Und so werden denn auch in den übrigen etwas mehr abweichenden Fällen die proventus annales medii nach der Analogie der *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* bestimmt. Denn Papinian spricht ganz allgemein, und brauchte das von ihm angeführte Beyspiel blos darum, weil er glaubte, gerade dadurch seine Meinung deutlicher erklären zu können. Es werden daher noch andere Beyspiele angeführt[63]).

Da jedoch die Berechnung des Herrn Prof. Schrader, bey aller Deutlichkeit, deren er sich hierbey beflissen hat, noch manche Dunkelheit übrigläßt; so habe ich dieselbe unserm Herrn Prof. Rothe, der sich durch seine mit großem Beyfall aufgenommenen Schriften als einen unserer besten Mathematiker bewährt hat, zur näheren Prüfung, Erläuterung und Berichtigung vorgelegt, und er hat mir erlaubt, das Resultat davon in diesen Commentar aufzunehmen.

63) S. SCHRADER §. 35.

## §. 1276 k.

### Erläuterung und Berichtigung der Schraderischen Formeln und Berechnung vom Herrn Prof. Rothe.

### I.

Es bedeute

m die Zeit, da die Ehe in beiden Perioden bestand;
n den Theil davon, der in die zweite Periode fällt;
r die Fruchtperiode, in der Regel 1 Jahr;
x den mittleren jährlichen Ertrag;
y die dem Manne zukommende Portion;
z die pecunia confusa;
a den Ertrag der ersten Periode;
b den Ertrag der zweiten Periode;

so ist nach der Ansicht von Schrader

$$z = \frac{ra+nb}{r},\quad x = \frac{ra+nb}{r+n},\quad y = \frac{m(ra+nb)}{r(r+n)}$$

folglich verhält sich

$$x : y : z = r : m : r+n.$$

In dem Beyspiele mit dem Weinberge ist $m = 4$ Monate, $n = 8$ Monate, $r = 12$ Monate, also verhält sich

$$x : y : z = 12 : 4 : 15$$

und es ist $x = \frac{4a+b}{5}$, $y = \frac{4a+b}{15}$, $z = \frac{4a+b}{4}$.

Wäre also noch ferner, da hier a und b noch unbestimmt gelassen ist, $a = 12$, $b = 12$, so erhielte man $z = 15$, $x = 12$, $y = 4$. Wäre aber $a = 12$, $b = 24$, so fände sich $z = 18$, $x = 14\frac{2}{5}$, $y = 4\frac{4}{5}$, ganz so wie S. 319. angegeben ist.

Hieraus erhellet, daß die S. 318. aufgestellten Formeln von Schrader unrichtig sind, oder wenigstens mit

den S. 319. aufgestellten Zahlenbeyspielen nicht passen. Es sollte heißen: Qui itaque fructus annales sunt $\frac{4a+b}{5}$. Cuius summae si tertia portio viro relinquitur, eidem cedit $\frac{4a+b}{15}$.

In dem andern Beyspiele mit dem Acker ist $m = 11\frac{7}{30}$ Monat (vom 21. Jan. bis 28. Dec. 1803), $n = 2\frac{14}{15}$ Monat (vom 30. Sept. bis 28. Dec. 1803), $r = 12$ Monat, also verhält sich

$$x : y : z = 12 : 11\tfrac{7}{30} : 14\tfrac{14}{15} = 360 : 337 : 448$$

und es ist

$$z = \frac{45.a+11.b}{45}, \quad x = \frac{45.a+11.b}{56}, \quad y = \frac{337.(45.a+11.b)}{20160}$$

Hier ist a und b noch unbestimmt gelassen. Nimmt man nun $a = 432\frac{1}{2}$ Thaler, $b = 516\frac{2}{3}$ Thlr. an, so bekommt man

$$y = \frac{337.(45.432\frac{1}{2}+11.516\frac{2}{3})}{20160} = \frac{337.(135.865+22.1550)}{120960}$$

$$= \frac{337.(27.865+22.310)}{24192} = \frac{337.(23355+6820)}{24192}$$

$$= \frac{337.30175}{24192} = \frac{10168975}{24192} = 420\tfrac{8315}{24192}\ \text{Thlr.}$$

$$x = \frac{20.30175}{1344} = \frac{5.30175}{336} = \frac{150875}{336} = 449\tfrac{11}{336}\ \text{Thlr.}$$

$$z = \frac{30175}{54} = 558\tfrac{43}{54}\ \text{Thlr.}$$

Nähme man, wie vorhin, $m = 11\frac{7}{30}$ Monat, $r = 12$ Monat, aber $n = 2\frac{8}{15}$ Monat an, (welches statt finden

würde, wenn die Ehe am 20. Jan. 1803 geschlossen, und am 27. Dec. 1803 getrennt worden wäre), so verhielte sich

$$x : y : z = 12 : 11\tfrac{7}{30} : 14\tfrac{9}{10} = 360 : 337 : 447$$

und es wäre

$$z = \frac{120.a + 29.b}{120}, \quad x = \frac{120.a + 29.b}{149},$$

$$y = \frac{337.(120.a + 29.b)}{149.360}.$$

Wäre nun, wie vorhin, noch überdies $a = 432\frac{1}{2}$ Thlr., $b = 516\frac{2}{3}$ Thlr., so fände sich

$$y = \frac{337.(120.432\frac{1}{2} + 29.516\frac{2}{3})}{149.360}$$

$$= \frac{337.(360.865 + 58.1550)}{149.2160}$$

$$= \frac{337.(18.865 + 29.155)}{149.108}$$

$$= \frac{337.(15570 + 4495)}{149.108} = \frac{337.20065}{149.108}$$

$$= \frac{6761905}{16092} = 420\tfrac{3265}{9252}$$ Thlr.

$$x = \frac{360.20065}{149.108} = \frac{10.20065}{149.3} = \frac{200650}{447} = 448\tfrac{394}{447}$$ Thlr.,

$z = \frac{20065}{36.} = 557\frac{13}{36}$ Thlr. Schrader nimmt für das letztere $557\frac{1}{3}$ Thlr. an, der Verkürzung wegen, wie er sagt. Sie ist aber unbeträchtlich. Daraus findet sich nach obigem Verhältniß $y = \frac{337}{447} \cdot 557\frac{1}{3} = \frac{337.1672}{3.447}$

$= \frac{563464}{1341} = 420\tfrac{244}{1341}$ Thlr. = 420,182 Thlr. Schra-

der berechnet diese Zahl durch Logarithmen, allein mich dünkt, daß man ohne selbige eben so geschwind, wo nicht geschwinder fertig wird.

Berechnete man alles nach dem Ertrage des ersten Fruchtjahres, so erhielte man $\frac{337}{360} \cdot \frac{865}{2} = \frac{337 \cdot 173}{144}$ $= \frac{58301}{144} = 404\frac{125}{144}$ Thlr. für die dem Manne zukommende Portion. Berechnete man aber alles nach dem Ertrage des zweyten Fruchtjahres, so erhielte man dafür $\frac{337}{360} \cdot \frac{1550}{3} = \frac{337 \cdot 155}{108} = \frac{52235}{108} = 483\frac{71}{108}$ Thlr.

## II.

Nach der gemeinen Auslegung der Papinianischen Gesetzstelle wäre $y = \frac{m\,(ra+nb)}{r^2}$, mithin $x = \frac{ra+nb}{r}$. Es hat also hier x denselben Werth, den bey der Auslegung von Schrader z hatte. In dem vorigen Beyspiele von dem Acker wäre, wenn $n = 2\frac{4}{5}$ Monat angenommen wird, $x = \frac{30175}{54} = 558\frac{43}{54}$ Thlr., folglich $y = \frac{337}{360} \cdot \frac{30175}{54} = \frac{337 \cdot 6035}{72 \cdot 54} = \frac{2033795}{3888}$ $= 523\frac{371}{3888}$ Thlr. Nimmt man aber $n = 2\frac{9}{10}$ Monat an, so ist $x = \frac{20065}{36} = 557\frac{13}{36}$ Thlr., also $y = \frac{337}{360} \cdot \frac{20065}{36} = \frac{357 \cdot 4013}{72 \cdot 36} = \frac{1352381}{2592}$

$= 521\frac{1}{2}\frac{2}{5}\frac{2}{7}$ Thlr. Da also in beiden Fällen nach dieser Auslegung ein Resultat für y gefunden wird, welches größer ist als a und b, so erhellet, daß diese Ansicht, der auffallend genug selbst Cujacius beitreten konnte, unmöglich die richtige seyn kann, also mit Recht von Schrader verworfen wird.

III.

Nach der Ansicht von Duarenus ist $y = \frac{(m-n).a+n.b}{r}$.

In dem vorigen Beyspiel von dem Acker wäre, wenn $n = 2\frac{1}{5}\frac{4}{5}$ Monat angenommen wird, $y = \frac{8\frac{3}{10}.432\frac{1}{2} + 2\frac{14}{15}.516\frac{2}{3}}{12}$

$= \frac{9.83.865 + 4.44.1550}{12.180} = \frac{747.173 + 176.310}{12.36}$

$= \frac{129231 + 54560}{432} = \frac{183791}{432} = 425\frac{1}{4}\frac{9}{3}\frac{1}{2}$ Thlr. Wenn aber $n = 2\frac{9}{10}$ Monat angenommen wird, so ist $y = \frac{8\frac{1}{3}.432\frac{1}{2} + 2\frac{9}{10}.516\frac{2}{3}}{12} = \frac{5.25.865 + 29.1550}{12.30}$

$= \frac{25.865 + 29.310}{12.6} = \frac{21625 + 8990}{72} = \frac{30615}{72}$

$= \frac{10205}{24} = 425\frac{5}{24}$ Thlr. Auf jeden Fall hat hier Schrader sich verrechnet.

IV.

Nach der Ansicht von Conanus ist $y = \frac{m(a+b)}{2r}$, und es kommt also dabey n gar nicht in Betracht. In

dem Beyspiele mit dem Acker wäre nach selbiger also

$$y = \frac{11\frac{7}{30} \cdot (432\frac{1}{2} + 516\frac{2}{3})}{24} = \frac{11\frac{7}{30} \cdot 949\frac{1}{6}}{24} = \frac{337 \cdot 5695}{24 \cdot 180}$$

$$= \frac{337 \cdot 1139}{24 \cdot 36} = \frac{383843}{864} = 444\frac{227}{864} \text{ Thlr.}$$

## §. 1277.

### Object der Restitution.

Wenn nun weiter die Frage entsteht, was als Heyrathsgut zu restituiren sey? so ist im Allgemeinen zu bemerken, daß der Mann mehr nicht zurückgiebt, als er empfangen hat, nebst dem, was als Accession die dos vermehrt, es wäre denn, daß in dem Ehevertrage auf eine gültige Art ein Mehreres versprochen worden [64]). Hiernächst sind folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Besteht das Heyrathsgut in fungiblen Sachen, so muß 1) wenn es in Gelde besteht, dasselbe in einer gleichen Summe, und in solchen Münzsorten wieder erstattet werden, welche denjenigen am Gehalt und Werthe gleichkommen, in welchen die dos dem Manne ist ausbezahlt worden [65]). Es ist hier, wie beym Dar-

64) *L.* 66. §. 4. *D. h. t. L.* 2. *C. de dote cauta.* S. *Hug.* Donellus Commentar. iuris civ. Lib. XIV. cap. 7. (Vol. VIII, pag. 217. sqq. edit. *Norimb.* 1825. 8.)

65) *L.* 42. *D. de iure dotium.* Gaius *lib. XI. ad Edictum prov.* Res in dotem datae, *quae pondere, numero, mensura constant*, — quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat; et quandoque soluto matrimonio, *eiusdem generis et qualitatis alias* restituat vel ipse, vel heres eius. S. *Scip.* Gentilis Diss. de aestimatione rerum in dotem datarum: (adj.

leben [66]). 2) Besteht hingegen das Heyrathsgut in andern fungiblen Sachen, so kommt es darauf an, ob sie durch den Gebrauch der Frau consumirt worden sind, oder nicht. Im ersten Falle ersetzt der Mann nichts, ausser wenn die Sachen geschätzt worden sind [67]). In dem letztern Falle muß der Mann, wenn die Sachen nicht mehr in Natur vorhanden sind, den Werth derselben vergüten [68]). Was noch vorhanden ist, restituirt er, wie es ist, wenn es auch durch ordnungsmäßigen Gebrauch oder durch die Länge der Zeit schlechter geworden ist [69]).

*Eiusdem* Tract. de bonis maternis. *Hanoviae* 1606. 8.) pag. 162. und Joh. Ludw. Schmidt Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 113. (S. 181. f. der 2. Ausg. Jena 1782. 4.)

66) *L.* 2. *D. de reb. credit.* Donellus c. l. §. 4. et 5.

67) *L.* 10. *pr. D. de iure dot.* Ulpianus *lib. XXXIV. ad Sabinum.* Plerumque interest viri, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat: maxime, si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur; eveniet enim, si aestimata sint, et ea mulier adtrivit, ut nihilominus maritus aestimationem eorum praestet. Eben dieses bestätigen *L.* 55. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 51. *D. Sol. matrim.* S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris universi Tom. I. Obs. 206. §. 17. Geiger's und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen 2. B. Nr. XXXI. §. 3. S. 216. und Freyh. von Ende vermischte juristische Ausführungen. (Hannover 1816.) Nr. VI. S. 73. ff.

68) *L.* 42. *D. de iure dot.*

69) *L.* 10. *pr. D. de iure dot.* Ulp. Quoties igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores, et deteriores mulieri fiunt. S. Pufendorf c. l. §. 19.

II. Besteht das Heyrathsgut in nichtfungiblen Sachen, so kommt es darauf an, ob sie dem Manne verkaufsweise für einen bestimmten Preis überlassen worden sind, oder nicht. Im ersten Falle vergütet er blos den taxirten Werth[70], und zwar in solchen Münzsorten, die damals gangbar waren, als ihm die dos käuflich überlassen wurde[71]. An die Sachen selbst kann sich die Frau nur dann halten, wenn sie wegen des Werthes nicht befriediget werden kann[72]. Ist die Schätzung blos *taxationis causa* geschehen, so ist dabey zunächst auf die bey der Taxe getroffene Verabredung zu sehen. Diese ist entweder dahin getroffen worden, daß nach Trennung der Ehe entweder das Heyrathsgut zurückgegeben, oder der taxirte Werth bezahlt werden solle, oder es ist eine solche Verabredung bey der Taxe nicht getroffen worden. Im ersten Falle hat in der Regel der Mann die Wahl, wenn sich solche die Frau nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Will also der Mann den taxirten Werth nicht bezahlen, so kann er auch das Heyrathsgut selbst wieder zurückgeben, und zwar so, wie es zur Zeit der getrennten Ehe beschaffen ist, wenn es auch schlechter geworden seyn sollte, wofern es nur ohne seine Schuld geschehen ist[73]. In dem letztern Falle muß die

70) *L.* 5. *L.* 10. *C. de iure dot.* S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1230 b. S. 16.

71) S. Schmidts angef. Abhandlung von den Münzsorten ꝛc. §. 113.

72) *L.* 30. *C. de iure dot.* S. den 25. Th. a. a. O. S. 17. f.

73) *L.* 10. §. 6. *L.* 11. *D. de iure dot.* S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1230 b. S. 28. f. und Geigers und Glücks Rechtsfälle 2. B. Nr. XXXI. §. 7. S. 222. ff.

Sache selbst, sofern sie zur Zeit der getrennten Ehe noch vorhanden ist, in Natur zurückgegeben werden, und der Mann kann sich durch Bezahlung des taxirten Werths von dieser Verbindlichkeit nicht freymachen [74]). Denn die Schätzung dient hier nur dazu, um der Frau bey der künftigen Zurückforderung der Dos den Beweis zu erleichtern, wenn die Sachen durch Verschulden des Mannes zu Grunde gegangen, oder deteriorirt seyn sollten [75]). Hier ist also nicht der Werth zunächst in dote, sondern die zum Heyrathsgute gegebene Sache selbst. Der Ehemann ist hier nur als ein debitor speciei anzusehen. Er wird daher von seiner Verbindlichkeit frey, wenn die Sachen ohne seine verantwortliche Schuld zu Grunde gegangen oder verletzt worden sind. Denn das periculum casus trägt hier die Frau, das periculum culpae der Mann [76]). Eine Ausnahme findet Statt, wenn ausdrücklich verabredet worden, daß die zum Heyrathsgute gegebenen Sachen um den Preis, wofür sie angeschlagen worden sind, nach geendigter Ehe schlechterdings zurückgegeben werden sollen. Hier trägt der Mann die Gefahr. Er muß also den ganzen Werth, so wie er verabredet worden, ersetzen, wenn auch die zum Heyrathgute gegebenen Sachen ohne seine Schuld zu Grunde gegangen seyn sollten. Dagegen gehören aber auch in diesem Falle dem Manne die Accessionen des Heyrathsguts, z. B. der

74) *L.* 69. §. 7. *D. de iure dot. L.* 1. *Cod. Soluto matrimonio. L.* 21. *C. de iure dot.* S. Gentilis Disp. de aestimatione rer. in dotem datarum. pag. 181. und den Commentar a. a. O. S. 25. ff.

75) *L.* 21. *Cod. de iure dot.*

76) S. Hasse Culpa des Röm. Rechts. Kap. XII. §. 9. S. 591.

partus ancillarum dotalium, wenn die Sache zur Zeit der getrennten Ehe noch in Natur vorhanden ist[77]). Denn sind die Sachen noch unbeschädiget vorhanden, so müssen sie auch in Natur zurückgegeben werden[78]). In den Fällen nun, wo der Mann das Heyrathsgut in Natur restituirt, ist er nur für eine solche Culpa verantwortlich, die er in seinen eigenen Sachen nicht zu begehen pflegt[79]). Denn da die Frau dem Manne wegen des gemeinsamen pecuniären Zwecks, wie einem Socius traut, so prästirt er bey der Verwaltung der dos nur diligentiam, quam rebus suis exhibet[80]). Für Unglücksfälle darf er nicht haften, ausser wenn sie durch Verzögerung der Restitution veranlaßt wurden[81]). Hat der Mann Sachen veräussert, die zur dos gehören, so wird, wenn die Frau einwilligte, blos das Erlöste herausgegeben[82]), ausserdem voller Ersatz geleistet, wenn die Sache

77) *L.* 18. *D. de iure dot.* L. 66. §. 3. D. *Soluto matrim.* S. den Commentar. Th. 25. S. 29.

78) S. Geigers und Glücks Rechtsfälle 2. B. Nr. XXXI. §. 8. S. 224.

79) S. den 25. Th. des Commentars §. 1233.

80) S. die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Savigny, Eichhorn, und Göschen. 4. Band. S. 221—225. Man vergleiche noch Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIV. cap. 7. §. 24. (Vol. VIII. pag. 231. edit. *Norimb.*)

81) *L.* 25. §. 2. *L.* 26. *D. h. t.* S. Donellus c. l. §. 23. pag. 229.

82) *L.* 32. *D. de iure dot.* Pomponius *lib. XVI. ad Sabinam.* Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem, vel arbores, quae fructus non essent, sive superficiem aedificii dotalis *voluntate mulieris* vendiderit: *nummi ex ea venditione recepti*, sunt dotis.

selbst nicht wieder verschafft werden kann [83]). War ein ususfructus zur dos bestellt, so muß derselbe restituirt werden, welches nach dem Unterschied der Fälle auf verschiedene Art geschieht, wie schon an einem andern Orte [84]) ausgeführt worden ist. Ist gar keine Schätzung des Heyrathsguts geschehen, so gilt das Nämliche, was bey der Schätzung taxationis causa Rechtens ist. Sind Kapital-Forderungen zur dos gegeben worden, und es ist nach getrennter Ehe von deren Restitution die Rede, so kommen die oben von nominibus in dotem datis vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung [85]). Steht der Mann nicht für die Gefahr des Verlusts, und er beging auch bey unterlassener Erhebung derselben kein Verschulden, so kann er sich durch Zurückgabe des empfangenen Schuldscheins, oder durch Abtretung der Klage von allem weitern Anspruche befreien, wenn auch der Schuldner nicht solvent

83) *L.* 32. *pr. D. de pactis dotalib.* Javolenus *lib. VI. ex Posterioribus Labeonis.* Uxor viro fundum aestimatum centum in dotem dederat: deinde cum viro pactum conventum fecerat, ut divortio facto, eodem pretio uxori vir fundum restitueret: postea volente uxore, vir eum fundum ducentorum vendiderat: et divortium erat factum. Labeo putat, viro potestatem fieri debere, utrum velit ducenta, vel fundum reddere: neque ei pactum conventum remitti oportere. Idcirco puto hoc Labeonem respondisse, quoniam *voluntate mulieris* fundus veniit: alioquin *omnimodo* fundus erat restituendus. Man vergl. noch *L.* 50. *D. h. t.*

84) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1230. und Mühlenbruch Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 274.

85) S. den 24. Th. §. 1230. S. 442. ff. und den 25. Th. §. 1230. c. S. 33. ff.

seyn sollte [86]); sonst muß er unbedingt den Betrag restituiren [87]). Waren dem Manne eigne Schulden dotis nomine erlassen, dann werden die Forderungen, wenn sie noch nicht fällig sind, wiederhergestellt, die fälligen aber innerhalb eines Jahres nach getrennter Ehe bezahlt [88]).

## §. 1278.

### Vom Beweise der dotis illatio.

Wer das Heyrathsgut zurückfordert, muß im Läugnungs-Falle den Beweis der geschehenen Einbringung,

86) Arg. *L.* 51. *in fin. D. de peculio.* Die *L.* 43. *D. h. t.* redet nicht von nominibus in dotem datis, sondern von solchen Schuldforderungen, die der Mann der Frau abtreten will, um sie dadurch wegen ihrer dos zu befriedigen, und gehört nicht hierher. S. Mühlenbruch Doctrina Pandect. Vol. II. §. 274. pag. 137. und Desselben Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 2. Abschn. §. 45. S. 452. f. Von dieser *L.* 43. deren Lesart für unrichtig gehalten wird, werde ich §. 1279. bey Gelegenheit des beneficii competentiae, welches dem Manne bey der Restitution der dos zusteht, ausführlicher handeln.

87) *L.* 49. *pr. D. h. t.* S. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Band §. 47.

88) *L.* 43. §. 1. *D. de iure dot.* Ulpian. — Secundum quae constituta dote per acceptilationem, et secutis nuptiis, is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio, quae accepto lata est, non ipsa iam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora. Sin vero obligatio in diem fuit, nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio: et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est. S. von Wening-Ingenheim a. a. O. §. 47. a. E.

oder der wirklich erfolgten Auszahlung (dotis illatio) übernehmen [89]). Dieſem Beweiſe iſt ein Genüge geſchehen, wenn der Kläger darthut, daß Sachen oder Geld dem Manne von der Frau ſeyen eingehändiget worden, wenn nicht das Gegentheil, d. h. daß ſie dem Manne in einer andern Abſicht, als um dadurch eine Dos zu beſtellen, ſeyen gegeben worden, erwieſen werden kann, weil die Dotalqualität der eingebrachten Güter der Frau im Zweifel vermuthet wird [90]). Viele ſind freylich anderer Meinung [91]). Sie behaupten, die Ehefrau müſſe nicht nur, daß ſie dem Manne Etwas zugebracht habe, beweiſen, ſondern auch, daß das Zugebrachte ein Heyrathsgut geweſen ſey, weil nach den Ge-

89) *L.* 1. *C. de dote cauta non numerata.* Impp. Severus et Antonin. Dotem *numeratio*, non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem admitti posse, *si dotem a te re ipsa datam probatura es.* S. *Jac. Frid.* Ludovici Diss. de probatione illationis dotis. *Halae* 1711. *Ge. Frid.* Scharlach Observationes pract. de dotis privilegio. *Hannov.* 1798. 8. Obs. XVII. pag. 136—155. und *Car. Aug.* Feder Diss. de probatione illationis dotis. *Lipsiae* 1809. 4.

90) S. Mühlenbruch Doctrina Pandectar. Vol. II. §. 275. und in *Corrigend. et Supplem.* ad h. Vol. pag. 445.

91) S. Scharlach Observat. cit. pag. 147. sq. Benjam. Friedr. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Concursproceß über das Vermögen ihrer Männer. 2. Th. §. 199—205. Christph. Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger. (Halle 1801. 4.) Kap. XXI. S. 618. Not. o. Joh. Christ. Haſſe Güterrecht der Ehegatten nach Röm. Recht. 1. Band Kap. 9. S. 412—452. u. a.

setzen alle von der Frau in die Ehe gebrachten Güter im Zweifel für Paraphernalien zu halten wären, so lange nicht die Dotalqualität derselben bewiesen worden ist. Ich habe mich aber dagegen schon an einem andern Orte [92]) ausführlich erklärt.

Die zum Beweise dienlichen Mittel können Urkunden, Zeugen und Eid seyn. Zuweilen werden auch schon Vermuthungen für hinreichend gehalten, sie wirken wenigstens soviel, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Ueberhaupt ist hierbey nach dem Gerichtsgebrauche wegen der besondern Begünstigung des Heyrathsguts Vieles von der sonstigen Strenge des gerichtlichen Beweises nachgelassen [93]). Es kommt jedoch besonders darauf an, gegen wen der Beweis geführt wird. Denn nie darf die Begünstigung der Frau dazu dienen, um andern Unrecht zu thun [94]). Die Gesetze enthalten über diesen Beweis wenig Bestimmungen. Wir wollen daher die angegebenen Beweismittel in Anwendung auf die dos näher betrachten. Soviel

I. den Beweis durch Urkunden anbetrifft, so gehört dahin das schriftliche Bekenntniß des Ehemannes, daß die Frau die geforderte dos wirklich inferirt habe. Hier ist jedoch zu unterscheiden. Ein solches Bekenntniß wird entweder gegen den Mann oder dessen Erben gebraucht, oder bey dem

92) S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1237. S. 220—246.

93) *L.* 70. *D. de iure dot. L.* 85. *pr. D. de div. Reg. iur. L.* 9. §. 1. *D. de iure dot. L.* 1. *D. Soluto matrim.*

94) *Cap.* 11. *X. de foro compet.* S. Ludovici Diss. cit. §. 4.

Concurse über des Mannes Vermögen gegen die Gläubiger desselben.

1) Wird das Bekenntniß gegen den Mann oder dessen Erben gebraucht, so lassen sich folgende Fälle gedenken.

a) Es ist in einem letzten Willen des Mannes enthalten, worin der Mann das Heyrathsgut der Frau prälegirt hat. Hier beweist es gegen die Erben des Mannes vollständig, ohne daß ein Gegenbeweis Statt findet [95]). Es muß nur bestimmt ausgedrückt seyn, worin die Dos besteht, weil sonst das Prälegat von der Last des Beweises nicht befreien würde [96]). Besteht die dos in Gelde, oder andern fungiblen Sachen; so kann auch dieselbe; ohne Rücksicht auf den sonst gesetzten Termin, sogleich nach Antretung der Erbschaft, zurückgefordert werden [97]). Man nennt diesen Vortheil bey dem praelegato dotis das commodum repraesentationis.

b) Ist das Bekenntniß in den Ehepacten geschehen, so sind dieselben entweder α) noch vor Vollziehung der

95) *L.* 1. §. 8. *L.* 6. *pr. D. de dote prael. L.* 8. *D. eodem.* S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 299.

96) §. 15. *I. de Legatis.* Besonders *L.* 3. *C. de falsa causa adiecta legato vel fideicomm.* (VI. 44.) Imp. Alexander. Si non designata certa quantitate dotem tibi legavit maritus, sed *quodcunque ad eum dotis nomine pervenisset, perventuramve esset*, et id ex testamento petis: *necessaria probatio est numeratae pecuniae.* Quod si quantitatem expresserit, debetur, etsi in dotem datum non est: quasi aliud legatum, non eo iure, quo dos fungitur.

97) *L.* 1. §. 2. *D. de dote praeleg.*

Ehe errichtet worden. Hier beweist das Bekenntniß nichts, so lange die Zeit noch nicht verflossen ist, wo demselben die exceptio non numeratae dotis entgegengesetzt werden kann, welche nicht nur dem Manne sondern auch den Erben desselben zusteht [98]). Diese Einrede fällt jedoch weg, wenn der Ehemann, ausser jenem Bekenntniß, noch eine besondere Quittung über den Empfang des Brautschatzes ausgestellet hat [99]). Oder β) die Ehepacten, welche das Bekenntniß des Mannes enthalten, sind erst nach geschlossener Ehe errichtet worden. Hier beweist das Bekenntniß gegen den Mann, so wie gegen desselben Erben vollständig, wovon der Grund an einem andern Orte [100]) ist angegeben worden.

2) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn das Bekenntniß gegen die Gläubiger des Ehemannes bey einem über desselben Vermögen entstandenen Concurse gebraucht werden will. Gegen diese hat es in der Regel für sich allein keine Beweiskraft, weil demselben nicht blos der Verdacht der Partheylichkeit für die Frau entgegensteht, sondern auch der entscheidende Umstand, daß der Mann, als Nutznießer der nicht in seinen Concurs zu ziehenden dos, eine solche Handschrift zu seinem eignen

98) *L. ult. Cod. de dote cauta non numerata. Nov.* 100. *Cap.* 1. *et* 2. S. den 25. Th. dieses Commentars §. 1239. S. 249—254. Man vergleiche noch *Pet. de* Toullieu Diss. II. de iure nuptarum. Cap. IX. (in *Dan.* Fellenberg *Jurispr. antiqua.* Tom. II. pag. 261.)

99) *L.* 14. §. 1. *C. de non num. pecun.* S. den Commentar a. a. O. Not. 3. S. 254.

100) S. den Commentar a. a. O. S. 255. und Feder cit. Diss. §. 8. pag. 9.

Vortheil ausgestellt habe [1]). Es kann daher einem solchen Bekenntniß gegen die Gläubiger des Mannes bey entstandenem Concurse auch nicht einmal dann eine Beweiskraft beygelegt werden, wenn es auch vor Gericht geschehen, und zum Protokolle wäre aufgenommen, oder mit einem Eide wäre bekräftiget worden. Denn die gerichtliche Urkunde kann dem Bekenntniß nicht mehr Kraft geben, als es an und für sich selbst hat, und der Eid kann keinem Dritten zum Nachtheil gereichen [2]). Eben so wenig kann das Prälegat des Heyrathsgutes gegen die Gläubiger des Mannes beweisen. Sie sind dasselbe anzuerkennen nicht schuldig, wenn auch die Qualität und Quantität der Dos genau bestimmt seyn sollte [3]). Es beweist nur gegen die Erben des Mannes, welche, als solche, den Willen ihres Erblassers zu erfüllen schuldig sind. Gegen die Gläubiger kann das Prälegat um so weniger beweisen, da Vermächtnisse überhaupt nur dann von Wirkung sind, wenn nach Abzug der Schulden noch Vermögen übrig ist [4]), mithin den Gläubigern nicht

1) *L.* 9. *pr. C. de bonis proscriptor.* (IX. 49.) *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXX. Medit. 1. 2. 3. et 4. Ludovici Diss. cit. §. 11 — 14. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 464. Feder Diss. cit. §. 11. Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 275. in fin. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 46.

2) *Cap.* 19. *X. de iureiur.* et Arg. *L.* 1. *pr. D. Si mulier ventris nomine.* (XXV. 6.)

3) S. *Frid. Ad.* Weber Diss. de dote a creditoribus impugnanda, praesertim constitutione eius vel agnitione in fraudem illorum facta. (*Rostock.* 1812. 4.) §. 7. pag. 20.

4) *L.* 66. §. 1. *D. ad Leg. Falcid.*

zum Nachtheil gereichen können [5]). Nicht immer können jedoch die Gläubiger das Geständniß des Mannes über den Empfang einer dos, als nichtsbeweisend gegen sie, verwerfen. Es kann zuweilen mit so starken Vermuthungen unterstützt seyn, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann; zuweilen kann es auch die Wirkung haben, daß den Gläubigern nur nachgelassen ist, das Gegentheil zu beweisen. Es kommt nämlich zunächst darauf an, zu welcher Zeit und unter welchen Umständen der Mann das Bekenntniß ausstellte. Geschahe dieses zu einer solcher Zeit, wo der Mann sich noch in guten Vermögens-Umständen befand, und an einen je möglichen Concurs, der über sein Vermögen dereinst ausbrechen könnte, auch nicht entfernt zu denken war, beruht auch dieses Bekenntniß nicht blos auf einem Prälegat, weil Vermächtnisse gewöhnlich eine Freygebigkeit zum Grunde haben [6]), sondern es ist durch eine Handlung unter Lebenden, durch eine Quittung des Mannes, geschehen; ist überdem sein Bekenntniß durch Angabe und Constatirung von Verhältnissen, welche dessen Wahrheit begründen, so ausser Zweifel gesetzt, daß sich eine Begünstigung der Frau zum Nachtheil der Gläubiger auf keine Weise annehmen läßt; so ist ein solches Bekenntniß des Mannes, auch bey nachher entstandenem Concurse, gegen die Gläubiger desselben für ein zureichendes Beweismittel zu halten, ohne daß hier der Frau noch der Erfüllungseid braucht aufgelegt zu werden. Rathsam ist es, für ein solches Beweismittel in Zeiten durch gericht-

5) *L.* 6. §. 13. *D. Quae in fraudem creditor. L.* 17. *D. de mortis causa donat.* S. Weber Diss. cit. §. 3. Not. 4. pag. 11. sq.

6) §. 1. *I. de legat. L.* 36. *D. de legat. II.*

liches Quittiren zum Protokoll besorgt zu seyn [7]). Eine gleiche Beweiskraft wollen jedoch viele [8]) der Quittung des Mannes auch schon dann beylegen, wenn gleich das Bekenntniß so qualificirt nicht ist, genug wenn es lange vor dem Ausbruche des Concurses, und zu einer Zeit geschehen ist, wo man noch gar keine betrügliche Absicht annehmen konnte. Denn da ein Betrug nie vermuthet wird [9]), und für jede schriftliche Urkunde die Vermuthung streitet, daß ihr Inhalt der Wahrheit gemäß sey [10]), so lange nicht die ihr entgegengesetzte Einrede des Betrugs, oder der Unrichtigkeit erwiesen worden; so müsse dieses auch von der Quittung des Mannes über den ihm eingebrachten Brautschatz der Frau gelten, und dieß um so mehr, weil ja die Gläubiger das Bekenntniß des Mannes auch für sich gebrauchten [11]). Man will also in diesem Falle

7) S. Wolfg. Heinr. Pucht a Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerlichen Rechtssachen. 2. Th. §. 214. S. 211.

8) S. *Henr.* Brokes Select. Observation. for. Obs. XI. pag. 48—52. Dav. Ge. Struben's rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. 23. Ernst Christ. Westphal's Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts. 1. Band. h. t. §. 3. S. 135. f. Dabelow's Lehre vom Concurse der Gläubiger. S. 618. Not. o. Weber Diss. cit. de dote a creditoribus impugnanda. §. 7. pag. 19. unter den ältern Rechtsgelehrten besonders Carpzov P. I. Const. XXVIII. Def. 76.

9) *L.* 18. §. 1. *D. de probat. L.* 6. *C. de dolo malo.*

10) §. 12. *I. de inutil. stipulat.* §. *ult. I. de fideiuss. L.* 14. *Cod. de contrah. et committ. stipulat. L.* 18. *C. de probat.*

11) Man beruft sich auf den Satz, quod quisque iuris in alterum statuit, ut ipse eodem utatur.

den Gläubigern blos den Gegenbeweis gestatten. Allein die meisten [12]) halten auch in diesem Falle das bloße Bekenntniß des Mannes zu einem vollständigen Beweise der dotis illatio noch nicht für hinreichend, sondern legen ihm blos die Kraft bey, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Dieß ist auch wohl das Sicherste, weil ja immer der Fall noch möglich ist, daß der Mann wenn gleich nicht gerade zum Nachtheil seiner Gläubiger, doch aus andern Ursachen, die Frau begünstiget haben könnte. Eine Begünstigung der Gläubiger zum Nachtheil der Frau ist dagegen wohl nicht leicht zu besorgen. Daher mögen sich die Gläubiger immerhin auf das Bekenntniß des Mannes zum Beweis ihrer Forderungen gründen. Daraus folgt nicht, daß es auf gleiche Weise auch für die Frau zum Beweis genüge. Denn hier tritt ein ganz anderes Verhältniß ein. Darin sind jedoch alle einverstanden, daß wenn die Quittung zu einer solchen Zeit von dem Manne wäre ausgestellt worden, wo derselbe schon sehr verschuldet war, eine solche Urkunde gar keinen Glauben verdiene, sie mag der Frau oder den Eltern derselben ausgestellt seyn. Selbst ein wiederholtes Bekenntniß würde

12) S. Ludovici Diss. cit. de probat. illationis dotis. §. 17. et 22. L. B. a Wernher select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 341. Tom. II. P. X. Obs. 427. a Lyser Medit. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXX. medit. 6. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 425. Joh. Heinr. Christ. von Selchow Rechtsfälle. 3. Band. Decis. LXXIX. *Car., Christ.* Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 449. *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad Leyserum. Tom. III. Fasc. II. Obs. 573. Ad. Dict. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1278. lit. d. S. 173.

in diesem Falle so wenig beweisen, als der hinzugekommene Eid [13]). Nicht minder stimmen alle Rechtsgelehrten darin überein, daß den Gläubigern die exceptio non numeratae dotis auch noch nach Ablauf der gesetzlichen Fristen zustehe, wo sonst die Urkunde gegen den Mann und dessen Erben einen unumstößlichen Beweis macht, weil deren Nachlässigkeit den Gläubigern des Mannes nicht zum Nachtheil gereichen kann [14]). Aber eine andere Frage ist es, ob die Gläubiger diese Einrede gegen das Bekenntniß des Mannes mit der Wirkung vorschützen können, daß die Last des Beweises auf die Frau, welche sich auf dieses Bekenntniß stützt, gewälzt wird, oder ob sie nicht vielmehr den Beweis des Gegentheils übernehmen müssen? Die Rechtsgelehrten sind hier getheilter Meinung. Mehrere [15]) behaupten das Erstere aus dem Grunde, weil der Ablauf der gesetzlichen Fristen den Gläubigern nichts schade; daher müsse auch die ihnen zustehende exceptio non numeratae dotis zu jeder Zeit privilegirt seyn.

13) Ludovici Diss. cit. §. 16. et 19. Struben's rechtliche Bedenken. 2. Th. Bed. XXIII. S. 107. Westphal's Rechtsgutachten 1. B. h. t. §. 3. Weber Diss. cit. §. 7. pag. 19.

14) S. Carpzov Iurispr. for. P. I. Const. XXVIII. Def. 74. Mevius Tom. II. P. IX. Decis. 195. Ludovici Diss. cit. §. 14. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 8. Scharlach Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVII. §. 2. pag. 140. Feder Diss. cit. de probat. illationis dotis. §. 15. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 448. a. E.

15) Ludovici cit. Diss. §. 17. und Feder Diss. cit. §. 15. pag. 19. Beyde berufen sich auf Mevius P. VII. Decis. 355. allein dieser behauptet gerade das Gegentheil.

Andere [16]) hingegen läugnen diese Schlußfolge, und wollen die Gläubiger nach Ablauf der gesetzlichen Fristen nur dann noch mit jener Einrede zulassen, wenn sie dieselbe zu erweisen vermögen. Diese letzte Meinung verdient billig den Vorzug. Denn ist der Empfangschein über die dos unter solchen Umständen ausgestellt worden, daß kein Verdacht einer betrügerischen Absicht mit Grund angenommen werden kann, und ist die Zeit verflossen, nach deren Ablauf die Urkunde volle Beweiskraft hat; so können die Gläubiger keinen weitern Beweis von der Frau verlangen, sondern ihnen liegt es ob, das Gegentheil zu beweisen, wenn sie dagegen die exceptio non numeratae dotis vorschützen. Mevius sagt: Cum iurisprudentia Romana certa tempora constituisset, queis dotis cautae, at non numeratae exceptio opponeretur, pro diversitate temporis, quo matrimonium constitisset, ea constitutio autem de solo marito loqueretur, in controversiam ICtorum incidit, utrum, quae per illam introducta, praescriptio, ut marito eiusque heredibus, ita etiam *creditoribus* obstaret, ideoque, ea exceptione non attenta, dos iuxta sua privilegia ante omnia credita restituenda sit? Diversis de eo disputatur sententiis. Communior, verior, et aequior habita est, quae creditoribus eum temporis lapsum facit innoxium. — Cui tamen locus relinqui non solet, nisi ubi contra mariti confessionem creditores non numeratam illam probare queunt. Alias statur mariti con-

16) Mevius c. l. Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 82. §. 8. Hommel Rhaps. quaestion. for. Vol. III. Obs. 425. und Weber Commentat. de dote a creditoribus impugnanda. §. 7.

fessioni, et pro illa ut vera praesumitur. Denn Justinian will einmal, daß nach Ablauf einer so langen Zeit die Frau mit allem weitern Beweise ihres Einbringens verschont werden solle [17]), weil, wenn innerhalb derselben der Mann keinen Einspruch erhoben, er durch sein Stillschweigen zu erkennen gegeben hat, daß es mit dem ausgestellten Empfangschein seine Richtigkeit habe. Wie leicht könnte auch während dieser Zeit der Beweis, welchen die Frau hätte führen können, verlohren gegangen seyn, wenn man ihn der Frau nachher noch aufbürden wollte? Justinian wollte daher auch eigentlich das Schweigen des Mannes dadurch nicht bestrafen, daß er nun seinen ausgestellten Empfangschein wider sich als einen vollständigen Beweis anerkennen muß, sondern man soll dieß von seiner Seite als gesetzgeberische Sorgfalt für die Ruhe der Unterthanen betrachten [18]). Auch die Gläubiger müssen daher diese Urkunde, wegen der aus der Länge der Zeit für sie begründeten Vermuthung der Richtigkeit ihres Inhalts, gegen sich als beweisend anerkennen, so fern sie das Gegentheil zu beweisen nicht vermögen [19]). Können sie dieses nicht, so muß die von der Frau beygebrachte und durch die Länge der Zeit bestärkte Empfangsbescheinigung des Mannes eine solche Beweiskraft für die Frau bewirken, daß wenn ja noch irgend einiger Zweifel vorhanden seyn sollte, auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Dieß ist auch Hommel's [20]) Meinung, wenn er sagt: In-

17) *Nov.* 100. *Praef. in fin.* et *Cap.* 2. *pr.*

18) *Nov.* 100. *Cap.* 1. §. 1. Et hoc etiam non sit nostra in quosdam poena, sed cura tranquillitatis subditorum.

19) S. den 25. Theil des Commentars §. 1239. S. 257.

20) Rhapsod. Quaestion. for. Vol. III. Obs. 425. in fin.

primis si fraudis nulla suspicio, putaverim ad *Novellam* 100. *cap.* 2. provocari posse. Aiunt quidem legem hanc de heredibus mariti agere, contra quos defuncti confessio plene probet. Aliam vero esse creditorum causam. Attamen quoniam in Superiori CXCIII. probavimus, creditores in concursu tanquam successores universales omnino heredi comparandos esse, hanc dubiam quaestionem ita finio, ut existimem, si creditores confessionem in fraudem suam factam esse probare nequeant, uxorem ad suppletorium semper admittendam esse. Soviel hiernächst

II. den Beweis durch Zeugen anbetrifft, so ist es nicht genug, wenn dieselben überhaupt aussagen, daß ein Heyrathsgut bestellt worden sey, sondern ihre Aussagen müssen dahin gehen, daß der Brautschatz wirklich eingebracht oder ausgezahlt worden sey [21]). Uebrigens behauptet man fast durchgehends, daß zum Beweise des Heyrathsguts, wegen der besondern Begünstigung desselben, auch solche Zeugen für zulässig zu halten seyen, die sonst nicht vollkommen glaubwürdig sind, nämlich so, daß wenn sie bey der Sache nicht interessirt sind, die Frau zum Erfüllungseide gelassen werden könne [22]). Dahin gehören z. B. nahe Verwandte, ferner Dienstboten, welche dem Manne den Brautschatz überbracht haben. Wegen der Geschwister ist man nun zwar ziemlich einverstanden, daß sie bey diesem

21) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 447. und Feder Diss. cit. §. 19.

22) Westphal's Rechtsgutachten. h. t. §. 4. S. 136. und Scharlach Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVII. pag. 138.

fessioni, et pro illa ut vera praesumitur. Denn Justinian will einmal, daß nach Ablauf einer so langen Zeit die Frau mit allem weitern Beweise ihres Einbringens verschont werden solle [17]), weil, wenn innerhalb derselben der Mann keinen Einspruch erhoben, er durch sein Stillschweigen zu erkennen gegeben hat, daß es mit dem ausgestellten Empfangschein seine Richtigkeit habe. Wie leicht könnte auch während dieser Zeit der Beweis, welchen die Frau hätte führen können, verlohren gegangen seyn, wenn man ihn der Frau nachher noch aufbürden wollte? Justinian wollte daher auch eigentlich das Schweigen des Mannes dadurch nicht bestrafen, daß er nun seinen ausgestellten Empfangschein wider sich als einen vollständigen Beweis anerkennen muß, sondern man soll dieß von seiner Seite als gesetzgeberische Sorgfalt für die Ruhe der Unterthanen betrachten [18]). Auch die Gläubiger müssen daher diese Urkunde, wegen der aus der Länge der Zeit für sie begründeten Vermuthung der Richtigkeit ihres Inhalts, gegen sich als beweisend anerkennen, so fern sie das Gegentheil zu beweisen nicht vermögen [19]). Können sie dieses nicht, so muß die von der Frau beygebrachte und durch die Länge der Zeit bestärkte Empfangsbescheinigung des Mannes eine solche Beweiskraft für die Frau bewirken, daß wenn ja noch irgend einiger Zweifel vorhanden seyn sollte, auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Dieß ist auch Hommel's [20]) Meinung, wenn er sagt: In-

17) *Nov.* 100. *Praef. in fin.* et *Cap.* 2. *pr.*

18) *Nov.* 100. *Cap.* 1. §. 1. Et hoc etiam non sit nostra in quosdam poena, sed cura tranquillitatis subditorum.

19) S. den 25. Theil des Commentars §. 1239. S. 257.

20) Rhapsod. Quaestion. for. Vol. III. Obs. 425. in fin.

primis si fraudis nulla suspicio, putaverim ad *Novellam* 100. *cap.* 2. provocari posse. Aiunt quidem legem hanc de heredibus mariti agere, contra quos defuncti confessio plene probet. Aliam vero esse creditorum causam. Attamen quoniam in Superiori CXCIII. probavimus, creditores in concursu tanquam successores universales omnino heredi comparandos esse, hanc dubiam quaestionem ita finio, ut existimem, si creditores confessionem in fraudem suam factam esse probare nequeant, uxorem ad suppletorium semper admittendam esse. Soviel hiernächst

II. den Beweis durch Zeugen anbetrifft, so ist es nicht genug, wenn dieselben überhaupt aussagen, daß ein Heyrathsgut bestellt worden sey, sondern ihre Aussagen müssen dahin gehen, daß der Brautschatz wirklich eingebracht oder ausgezahlt worden sey [21]). Uebrigens behauptet man fast durchgehends, daß zum Beweise des Heyrathsguts, wegen der besondern Begünstigung desselben, auch solche Zeugen für zulässig zu halten seyen, die sonst nicht vollkommen glaubwürdig sind, nämlich so, daß wenn sie bey der Sache nicht interessirt sind, die Frau zum Erfüllungseide gelassen werden könne [22]). Dahin gehören z. B. nahe Verwandte, ferner Dienstboten, welche dem Manne den Brautschatz überbracht haben. Wegen der Geschwister ist man nun zwar ziemlich einverstanden, daß sie bey diesem

21) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 447. und Feder Diss. cit. §. 19.

22) Westphal's Rechtsgutachten. h. t. §. 4. S. 136. und Scharlach Observation. pract. de dotis privilegio. Obs. XVII. pag. 138.

Beweise nicht zu verwerfen sind [23]). Man behauptet sogar, daß ihr eidlich bestärktes Zeugniß zuweilen einen vollen Beweis wirke, nämlich, wenn die Mutter den Beweis ihres Einbringens gegen ihre Kinder zu führen hat, weil hier die Zeugen mit beyden Theilen verwandt sind [24]). Nur in Ansehung der Eltern ist man nicht einig. Einige [25]) schließen sie ganz aus. Andere [26]) wollen sie in so weit gelten lassen, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden könne. Die erstere Meinung ist freylich der Theorie gemäßer [27]), obwohl die Praxis häufig nach der letztern spricht. Auf jeden Fall muß der Richter dem Gegentheil seine Einwendungen gegen die Person solcher Zeugen

23) Carpzov P. I. Const. XXVIII. Def. 81. Ludovici Diss. cit. §. 25. Reinharth Select. Observation. ad Christinaei Decision. Vol. IV. Obs. 60. pag. 77. Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. Verb. Fratres. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCLXXXIII. medit. 23. pag. 1192. Christ. Fried. Imman. Schorch neue Sammlung auserles. Gutachten und Urtheilssprüche der Erfurt. Juristf. Facultät. Nr. XXX. nr. 24. S. 169.

24) Hommel c. l. Leyser cit. loc. medit. 27. pag. 1199. Scharlach cit. l. pag. 139.

25) Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. I. Obs. 291. Mevius Tom. II. P. VII. Decis. 41. Scharlach c. l.

26) Berger Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 24. Th. 3. Not. 8. in fin. Wernher Select. Observation. for. Tom. III. P. I. Obs. 235. Beyde lassen wenigstens das Zeugniß der Mutter beym Beweise der dos für die Tochter gelten. Ohne Unterschied lassen das Zeugniß der Eltern zu Hommel Rhaps. quaestion. for. Vol. I. Obs. 211. voc. Parentes. und Feder Diss. cit. §. 20.

27) *L.* 9. *D. et L.* 6. *C. de Testib.* S. den 22. Th. dieses Commentars §. 1176. S. 147. ff.

vorbehalten, und dann aus den Umständen ermessen, ob die Aussage solcher Zeugen so motivirt ist, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden kann. Es gilt dieß aber nicht nur von Eltern, sondern auch von dem Zeugniß der Geschwister der Beweisführerin. Denn im Allgemeinen läßt sich der Grad der Glaubwürdigkeit nicht bestimmen, sondern er muß in jedem Falle nach den besondern Eigenschaften der Personen, und nach den übrigen Umständen abgemessen werden [28]).

III. Die Eideszuschiebung kann hier, als Beweismittel, nur insofern gebraucht werden, als es auf Handlungen ankommt, die zwischen der Frau, welche den Beweis zu führen hat, und ihrem Ehemanne vorgegangen sind. Sie dient also der Frau nur eigentlich dann zum Beweise, wenn sie ihr Heyrathsgut von dem Manne, oder dessen Erben zurückfordert, und ihr von diesen die exceptio non numeratae dotis entgegengesetzt wird. Ist sie hingegen wegen ihrer Forderung mit den Gläubigern desselben im Streit, so kann die Eidesdelation der Natur der Sache nach nur selten vorkommen, weil jene Handlungen in Ansehung der Gläubiger fremde Handlungen sind, über welche kein Eid zugeschoben werden kann [29]). Gegen sie kann also nur dann Eidesdelation Statt finden, wenn von solchen Handlungen oder Thatumständen die Rede ist, welche ihnen nicht unbekannt sind [30]). Endlich kann auch

28) S. Ludovici Diss. cit. §. 25. und besonders Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Concursproc. über das Vermögen ihrer Männer. 2. Th. §. 201. S. 275—278.

29) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 799. S. 270.

30) S. Pfizer a. a. O. §. 203.

IV. der Beweis durch Vermuthungen geführt werden[31]). Der Grad der dadurch bewirkten Wahrscheinlichkeit ist aber freylich in vorkommenden Fällen der richterlichen Beurtheilung zu überlassen[32]). Eine solche Vermuthung entsteht z. B. daraus, wenn erwiesen ist, daß der Ehemann zu der Zeit, in welcher er das Heyrathsgut empfangen haben soll, solche Ausgaben bestritten habe, welche er von seiner gewöhnlichen Einnahme nicht hätte bestreiten können. Es ist z. B. erwiesen, daß er sich damals ganz schuldenfrey gemacht hat, ohne daß irgend eine andere Hülfsquelle ausgemittelt werden kann, woraus die Bezahlung seiner Schulden hätte bestritten werden können. Dergleichen Vermuthung tritt ferner ein, wenn erwiesen ist, daß die übrigen verheyratheten Geschwister der Frau die nämliche Summe, welche sie fordert, von ihrem Vater zum Heyrathsgute erhalten haben. Das Resultat solcher gemeinen Vermuthungen, welche nicht durch besondere gesetzliche Verordnungen unterstützt sind, ist aber doch immer nur Wahrscheinlichkeit, welche den Richter noch keinesweges berechtiget, dem Kläger eine Forderung zuzusprechen, weil sie ihm wahrscheinlich gebührt, und allenfalls dem Beklagten den Gegenbeweis vorzubehalten. Denn juristisch gewiß kann es ja doch der Richter nicht wissen, ob in dem bestimmten Falle, in welchem die Thatsache A vorhanden ist, auch die gewöhnlich damit verbundene Thatsache B vorhanden sey; weil es ja doch wohl möglich ist, daß die Verbindung beyder, wenn

31) Ludovici Diss. cit. §. 28. Scharlach Observation. cit. pag. 146. sq.

32) Pfizer a. a. O. §. 204. S. 281—284. Feder Diss. cit. §. 22.

sie auch noch so oft zutrifft, doch vielleicht gerade in diesem Falle nicht zutreffe. Es verdient demnach die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [33]) keinen Beyfall, welche aus Begünstigung des Heyrathsguts hier solchen gemeinen Vermuthungen gleiche Wirkung mit den gesetzlichen ertheilen, und ihnen die Kraft eines vollständigen Beweises ohne Weiters beylegen wollen. Kann daher auch die begründete Vermuthung durch Gegenbeweis nicht gehoben werden, so ist doch der dadurch geführte Beweis noch nicht sogleich für vollständig zu halten; denn sonst würde auch schon ein halber Beweis zur Verurtheilung des Beklagten hinreichen; sondern der Beweis muß erst noch durch das iuramentum suppletorium vollendet werden [34]).

Ist die geschehene dotis illatio bewiesen, und der Streit ist blos noch über die Größe des eingebrachten Heyrathsgutes; so pflegt auch hier, wenn die angegebene Summe nach den angeführten Umständen wahrscheinlich ist, auf den Erfüllungseid erkannt zu werden [35]).

## §. 1279.

**Beneficium competentiae bey der Restitution der Brautgabe. Erklärung der *L.* 43. *D. h. t.***

Die Wohlthat der Competenz bey der Restitution der dos, vermöge welcher der Beklagte nicht auf das Ganze

33) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCXX. Medit. 8. 9. 10. 11. Feder cit. Diss. §. 23.

34) S. Borst über die Beweislast im Civilproceß. §. 34—36. Scharlach cit. Observation. pract. pag. 146. Pfizer a. a. O. §. 204. S. 283. und Müller Observation. pract. ad *Leyserum*. Tom. III. Fasc. 2. Obs. 573.

35) S. Westphal's Rechtsgutachten. h. t. §. 4. S. 136.

verurtheilt werden, sondern so viel zurückbehalten kann, als er zum Lebensunterhalt nöthig hat, geben die Gesetze 1) dem Ehemanne. Vor Justinian zwar nur, wenn er mit der rei uxoriae actio belangt worden, allein Justinian hat diese Wohlthat auch der neuen actio ex stipulatu beygelegt [36]). Es ist davon schon an einem andern Orte [37]) gehandelt worden. Hiermit besteht also die Gültigkeit aller der Gesetzstellen [38]) in den Pandecten, in welchen dem Ehemanne diese Rechtswohlthat gestattet wird. Der Kaiser Pius hat diese Wohlthat auf alle Contracte ausgedehnt, die der Mann mit der Frau geschlossen hat [39]), jedoch mit dem Unterschiede, daß sie ihm wegen der vor der Ehe geschlossenen Contracte nur denn, wenn er während der Dauer der Ehe belangt wird; wegen der Contracte aber, die er während der Ehe mit der Frau geschlossen hat, auch noch nach aufgehobener Ehe zusteht [40]).

36) *L. un.* §. 7. *Cod. de rei uxor. act.* §. 29. *et* §. 37. *I. de actionib.*

37) S. §. 1273. S. 152. und S. 163 f. Not. 54.

38) *L.* 12. *L.* 15. *pr. L.* 17. §. 2. *D. h. t. L.* 17. *L.* 20. *L.* 21. *L.* 23. *L.* 24. §. 1. *D. de re iudicata.*

39) *L.* 20. *D. de re iudicata.* Modestinus *libro II. Differentiarum.* Non tantum dotis nomine maritus, *in quantum facere possit*, condemnatur: sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus, *in quantum facere potest*, condemnandus est ex Divi Pii Constitutione.

40) S. Donellus Commentarior. de iure civili Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudicata §. *Illud ergo.* und *Franc.* Ramos del Manzano ad Tit. Dig. de re iudicata Curae secundae, in Append. partis II. §. 9. (in *Thes. Meerman.* Tom. VII. pag. 139. sq.)

Um zu beurtheilen, in quantum maritus facere possit, muß auf die Zeit der Verurtheilung gesehen werden [41]). Das facere posse begreifft denn alles in sich, was der Mann zu der Zeit noch aus seinem Vermögen leisten kann, nämlich mit Abzug dessen, was er zu seinem Lebensunterhalt gebraucht [42]). Zu dem facere posse gehört also auch, was der Mann zu fordern hat, (si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus). Denn auch dieß wird zu dem Vermögen gerechnet [43]). Dahin gehört, was der Mann von der Frau zu fordern hat, wenn er für sie Ausgaben bestritten hat, die ihm ersetzt werden müssen. Seine Forderung muß nur jetzt schon exigibel seyn [44]). Hierher gehört ferner, was ein Dritter dem Ehemanne schuldig ist. Hier kann er, nicht nur der Frau, statt der wirklichen restitutio dotis, die

41) *L.* 15. *pr. D. h. t.* Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Rei iudicatae tempus spectatur, quatenus maritus facere potest.

42) *L.* 173. *pr. D. de div. reg. iuris.* Paulus *lib. VI. ad Plautium.* In condemnatione personarum, quae in id, *quod facere possunt*, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, *ne egeant.* S. Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 16. D. de re iudic. §. Jam quid.

43) *L.* 49. *in fin. D. de Verbor. Signif.*

44) *L.* 28. *D. h. t.* Ulpianus *libro I. Institutionum.* Facere posse maritus etiam id videtur, quod a muliere consequi potest: scilicet, si iam si aliquid absit, quod pro muliere *aliquid* (al. *vel*, z. B. Hal., Baud., Mirâus) expendit, vel mandato eius praestitit. Ceterum, si nondum ei abest, utputa sub conditione est obligatus, nondum videtur *facere posse.*

ihm deshalb gegen seine Gläubiger zustehenden Klagen cediren, und sich damit von seiner Verbindlichkeit gegen die Frau befreien; sondern er kann auch hier abziehen, was er zu seinem Lebensunterhalt nöthig hat, und weiter, als in quantum facere potest, kann er zur Cession seiner Forderungen nicht angehalten werden, wenn sie auch an sich zur restitutio dotis genügen sollten. Dieß ist der wahre Sinn der so sehr bestrittenen *L.* 43. *D. h. t.* Scävola, aus dessen *libro II. Quaestionum* dieses Fragment entlehnt ist, sagt hier:

Si maritus in id, quod facere potest, condemnatus sit, et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius, neque habebit mandare actiones.

So liest die florentinische Handschrift nach Taurellius, und die Richtigkeit dieser Lesart vertheidigen, mit Verwerfung aller Emendation, Johann Altamiranus[45], Johann Gottfr. Sammet[46], und Christ. Heinr. Breuning[47]. Allein die meisten halten die florentinische Lesart für fehlerhaft, ja für ganz sinnlos, welche also schlechterdings emendirt werden müsse. Die alten glossirten Ausgaben (jedoch mit Ausnahme der des Hugo a Porta, Lion 1572. f.) lesen fast durchgehends: neque amplius habebit, neque mandare actiones debebit. So

45) In priores XIII. libros Quaestionum Q. Cervidii Scaevolae Commentar. Lib. II. Tract. II. ad L. 43. h. t. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 408. sq.)

46) Hermeneutik des Rechts, herausgegeben von Friedr. Gottl. Born. (Leipzig 1801. 8.) 1. Abschn. §. 55. S. 109—111.

47) Capita iuris controversa. Specim. VIII. (*Lips.* 1763. 4.) Cap. 25.

Franz Fradin, Baudoza, Merlinus, die Gebrüder Senneton, Robert Stephanus u. a., nur die glossirte Ausgabe, welche zu Venedig 1477. *ex officina Jac.* Gallici *ex Rubeorum familia* erschienen ist, weicht darin ab, daß sie *debet* statt debebit liest. Diese letztere Lesart haben auch Miräus, und Blaublommius in ihre Ausgaben aufgenommen, und Dionys. Gothofredus zieht sie der florentinischen Lesart vor. Der ersten hingegen, welche debebit liest, hat Pothier[48]) den Vorzug gegeben, obwohl es übrigens keinen Unterschied macht, man lese debet oder debebit. Ganz abweichend ist hingegen die Lesart Halvanders, die auch Vintimillius hat. Beyde lassen die zweyte Negation weg, und lesen: neque amplius habebit; mandare actiones debet. Lud. Charondas bemerkt in seiner Ausgabe, daß die letzte Negation auch wirklich in mehreren Handschriften fehle, und hält daher diese Lesart für die richtigere. So verschieden die Lesarten in den alten Ausgaben sind, so verschieden sind auch die Versuche der Kritiker, die vermeintlich fehlerhafte Lesart zu verbessern. Den meisten Beyfall scheint nun die Meinung gefunden zu haben, daß in den letzten Worten statt neque habebit, richtiger *necesse* habebit mandare actiones, gelesen werden müsse. Wir finden sie zuerst bey Carl Hannib. Fabrotus[49]). Er trennt aber davon die unmittelbar vorhergehenden Worte: neque amplius, durch ein Komma, und dichtet hierdurch dem Scävola eine Meinung an,

48) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. LXXVI. Not. k. pag. 71.

49) Replicat. adversus Salmasium de mutuo in fin. ad L. h. 43.

an die er nicht dachte, und gar nicht denken konnte. Nicol. Catharinus[50], Cornel. van Bynkershök[51], Anton Schulting[52], und Johann Wilh. Hoffmann[53] lesen zwar auch alle *necesse* habebit, allein sie ändern auch die Interpunction. Sie machen nach den Worten: et nomina sint, ein Komma, und lesen nun, ohne weitere Unterscheidung: ad dotis quantitatem neque amplius necesse habebit mandare actiones. Nur Bynkershök zieht die Worte: et nomina sint ad dotis quantitatem zusammen, und setzt das Komma, was die Andern nach nomina sint, machen, nach dem Worte: quantitatem. Uebrigens kommen sie im Resultat der Auslegung mit einander überein. Der letztern Emendation huldigen auch Heinr. Brenkmann[54], und Bavius Voorda[55]. Die Handschriften der Glossatoren hatten das doppelte neque, wie aus der Erklärung der Glosse erhellet. Die Erklärung selbst aber, daß der Mann nicht schuldig sey, der Frau die Klagen gegen seine Schuldner zu cediren, wenn er weiter nichts in Vermögen hat, als was er selbst zu seinem Unterhalt gebraucht, entspricht der Meinung des Scävola nicht. Eben so we-

50) Observation. et Conjecturar. Lib. III. Cap. 6. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 785.)

51) Observation. iuris Rom. Lib. VII. Cap. 2.

52) Notae ad Dig. seu Pandect. Tom. IV. ad L. 43. h. t. pag. 347.

53) Observation. variae (Meletemata) ad Pandect. Dissert. XXII. §. 8.

54) In Corpore iuris civ. Gebauer. Tom. I. ad h. L. 43. not. 16. pag. 429.

55) Thes. controversar. Decad. XIII. §. 1.

nig haben Alber. Gentilis[56]), und Costalius[57]) den Sinn des Scävola getroffen, wenn sie ihn so verstehen, daß der Mann gar nicht genöthigt werden könne, seine Klagen zu cediren, wenn sein Vermögen blos in Kapitalien besteht, und diese gerade soviel, als das Heyrathsgut, betrügen. Mit Recht hat diese Erklärung, auch schon an sich, als höchst unbillig, Siegm. Reich. Jauch[58]) verworfen. Er selbst unterscheidet sich von allen darin, daß er das letztere neque bey habebit, in *aeque* verwandelt. Die aller sonderbarste Meinung aber ist unstreitig die des Franz Duarenus[59]), welcher glaubt, beyde Lesarten die florentinische und haloandrinische ließen sich vertheidigen, und seyen dem Sinn des Scävola gemäß. Ich stimme ohne Bedenken denen bey, welche die florentinische Lesart unverändert lassen. Denn gerade der Sinn, den man durch die Emendation erst zu erhalten gesucht hat, liegt schon in den Worten. Man denke sich den Fall, die Frau hätte dem Manne 4000 Rthlr. zum Brautschatz inferirt. Die Ehe wird nachher durch Divortium geschieden, ohne daß gerade dem einem oder andern Theile vorzüglich etwas dabey zur Last zu legen war. Der Mann soll nun das Heyrathsgut der Frau zurückgeben. Er beruft sich auf die Rechtswohlthat der Competenz, und weist nach, daß er, ausser der dos, sonst kein Vermögen besitze, die Dotalgelder wären aber verzinslich ausgeliehen,

56) Lection. et Epistolar. Lib. IV. cap. 1.

57) Adversar. ad Pand. h. L.

58) Meditation. crit. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. XVII. §. 10. pag. 301 sq.

59) Comm. in Tit. h. D. Soluto matrim. ad L. 45. (*Oper.* pag. 287. sq.)

müßte er sie alle restituiren, so würde ihm dadurch sein Lebens-Unterhalt gänzlich entzogen werden. Er wird also verurtheilt, die dos zu restituiren nach Abzug dessen, was er zum Lebensunterhalte nöthig hat. *In id, quod facere potest, condemnatus est.* Baar Geld hat nun der Mann nicht. Er kann also die Frau anders nicht, als damit befriedigen, daß er ihr die Klagen gegen seine Schuldner cedirt. Betragen nun diese Schuld-Klagen gerade nur soviel, als die dos, (*et nomina sint ad dotis quantitatem*) so daß nichts übrig bleibt, wovon der Mann leben könnte, (*neque amplius*) so ist er nicht schuldig, der Frau actiones cessas auf die ganze *dos* zu geben, sondern nur soweit, als er verurtheilt worden ist, nämlich quantum facere potest. Dieß ist es nun, was Scävola mit den letztern Worten sagen will: *neque habebit mandare actiones.* Das Wort *habebit*, bedeutet hier soviel, als debebit, in welcher Bedeutung das Wort *habere* von den Alten öfters gebraucht wird [60]), und bey *mandare actiones* muß subintelligirt werden, actiones *omnes ad dotis quantitatem*, quibus contra suos debitores experiri potest, sed eatenus tantum, *in quantum facere potest*, ne egeat [61]). In den Basiliken [62]) ist nur überhaupt der Sinn dieser Stelle

60) Scheller in dem lat. deutsch. Lexicon. 2. Abth. voc. habeo. S. 4340, wo er Stellen aus Varro. Valer. Flaccus und Tertullian anführt.

61) Schade, daß in der neuen trefflichen Ausgabe des Corporis iuris civ. von *Jo. Lud. Guil.* Beck *Lipsiae* 1825. nicht die florentinische Lesart ist beybehalten worden. Es heißt daselbst: et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius, *necesse* habebit mandare actiones.

62) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 41. pag. 357.

ausgedruckt worden, ohne sich an die Worte zu binden. Es heißt daselbst: Μέχρις ἐυπορίας ὁ ἀνὴρ καταδικαζόμενος, καὶ χρεώστας ἔχων, ἀναγκάζεται μέχρι τοῦ πόσου τὰς κατ' αὐτῶν ἐκχωρεῖν ἀγωγὰς. i. e. *Maritus; in quantum facere potest, condemnatus, et debitores habens, necesse habet usque ad quantitatem mandare adversus eos actiones.* Die Basiliken geben uns also so wenig Veranlaßung, das andere neque bey Scävola wegzustreichen, daß sie vielmehr noch einen Grund mehr enthalten, es stehen zu lassen.

Betragen die ausstehenden Forderungen des Mannes mehr, als die dos, das Uebrige reicht auch noch zu seinem Unterhalte hin, so muß der Mann der Frau actiones cessas auf die ganze *dos* geben, weiter aber auch nicht, und er wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit [63]). Will er sich zu dieser Cession nicht verstehen, so kann die Frau auf baare Bezahlung dringen. Dieß ist es, was der griechische Scholiast Dorotheus [64]) noch dabey zur Erläuterung bemerkt. Ἐὰν ἀνὴρ εἰς ὅσον ἐυπορεῖ καταδικασθῇ ἐπὶ τῇ προικὶ, ἔχει δὲ ἀγωγὰς ἐν περιουσίᾳ, ὀφείλει ἐκχωρεῖν τὰς ἀγωγὰς τῇ γυναικὶ πρὸς τὴν ποσότητα μὲν τοι τῆς προικὸς, καὶ οὐ περαιτέρω. — Εἰ δὲ καὶ μὴ ἐκχωρηθῇ, καλῶς κινεῖ πρὸς τὴν λύσιν.

Die Wohlthat der Competenz ist nun zwar höchst persönlich, und kommt daher weder dem Bürgen [65]), noch

63) *L.* 51. *in fin. D. de peculio.* Et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione sit.

64) *Basilica* Tom. IV. pag. 399. Sch. q. et r.

65) *L.* 24. *pr. D. de re iudic. L.* 7. §. 1. *D. de exceptian.* S. *Franc.* Raevellus Commentar. ad Constitutiones

dem Erben zu ſtatten [66]). Sie muß aber doch dem Stellvertreter ſo gut, wie dem Ehemanne, zuſtehen. Der Defenſor des Mannes hat daher ſeiner Vertretungsverbindlichkeit ein Genüge gethan, wenn er der Frau ſoviel zahlt, als ſie bekommen hätte, wenn ſie gegen den Mann ſelbſt geklagt haben würde [67]). Bey dem Procurator aber kommt es darauf an, ob die Verurtheilung noch bey Lebzeiten des Mannes erfolgt. Hier geſchieht ſie, in quantum facere potest. Nach dem Tode des Mannes erfolgt condemnatio in solidum [68]). Eben ſo iſt die Wohlthat der Competenz von Wirkung, die Frau mag die dos ſelbſt zurückfordern, oder ein Anderer, der in ihre Stelle und Rechte eintritt, es ſey ihr Erbe [69]), oder ein Dritter, z. B. der Vater, oder der zweyte Mann, dem die Frau den erſten wegen der dos delegirt hat [70]),

et Decisiones Justiniani. pag. 349. Vorzüglich Donellus Commentariorum de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 23. et 24. D. de re iudicata.

66) *L.* 12. *in fin. L.* 13. *D. h. t. L.* 24. §. 1. *D. de re iudicata. L.* 8. *in fin. Cod. Soluto matrimon.* Hierauf geht auch *L.* 68. *D. de div. Reg. iur.* wie aus der Inſcription dieſes Fragments erhellet. Paulus *libro singulari de dotis repetitione.* S. *Ger.* Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. *Vidimus.* (*Oper.* Tom. II. p. 529.) Die Erben können jedoch, wenn ſie in solidum ſind condemnirt worden, abrechnen, was der Mann compenſiren konnte. *L.* 15. §. 1. *D. h. t.*

67) *L.* 14. *pr. D. h. t. Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 8. Const. 14. pag. 346.

68) *L.* 23. *D. de re iudicata.* S. Donellus ad h. L. c. l.

69) *L.* 27. *D. h. t.*

70) *L.* 32. *D. h. t.* Julianus *libr. II. ad Urseium Ferocem.* Si prior maritus posteriori dotis nomine tan-

oder auch der Fiscus, wenn er das Vermögen der Frau eingezogen hat, und gegen den Mann auf dessen Herausgabe klagt, ne in perniciem mariti mulier punita sit [71]). Diese Rechtswohlthat ist dem Manne so eigen, daß auch nicht einmal eine ausdrückliche Begebung derselben von Wirkung ist [72]). Er muß jedoch, wenn er nachher wieder in bessere Vermögensumstände kommt, den Rest noch nachzahlen [73]), und deshalb der Frau Caution leisten [74]). Hat der Richter aus Unwissenheit des Rechts den Mann auf das Ganze verurtheilt, so kann er sich mit der exceptio doli schützen [75]), wenn er mit der actio iudicati belangt wird [76]). Man könnte zwar sagen, die richterliche Sentenz sey hier ipso iure nichtig, weil

quam debitor mulieris dotem promiserit, non plus, *quam id, quod facere possit*, dotis futurum esse.

71) *L.* 36. *D. h. t.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 19. in fin.

72) *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* S. *Jo.* Altamiranus in libr. I. Quaestionum Scaevolae Tract. I. ad L. 35. D. de negot. gest. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 381.) und den 25. Th. dieses Commentars §. 1245. S. 351.

73) *L.* 8. *Cod. h. t.* (V. 18.) Impp. Diocletian. et Maxim. Nec maritus, licet post divortium, *in quantum facere possit*, condemnandus est, postea idoneus factus, qui non reddiderat integrum, *residui probabiliter solutionem recuset.*

74) *L. un.* §. 7. *Cod. de rei uxor. act.*

75) *L.* 17. §. 2. *D. Soluto matrim.* Paulus *libro VII. ad Sabinum.* Si in iudicio dotis iudex, ignorantia iuris lapsus, condemnaverit maritum in solidum: Neratius, Sabinus, doli exceptione eum uti oportere, aiunt, eaque tutum fore.

76) *L.* 41. §. 2. *D. de re iudicata.*

der iudex pedaneus, statt über das factum zu entscheiden, gegen den Inhalt seines Auftrags, über und gegen einen Rechtssatz entschied [77]). Dieses behauptet auch Ludwig Charondas [78]) wirklich. Allein es läßt sich nicht behaupten. Denn entweder hatte der Ehemann vor Gericht die Einrede der ihm zustehenden Competenz vorgeschützt, oder nicht. Ersteres ist unstreitig der Fall, den Paulus hier voraussetzt. Denn nur eigentlich in diesem Falle läßt sich bey dem Richter eine Rechtsunwissenheit annehmen, wenn er gleichwohl den Mann auf das Ganze verurtheilt, weil er glaubte, jene Rechtswohlthat stehe ihm nicht zu. Hier kann der Mann die exceptio doli vorschützen, wenn die actio iudicati gegen ihn auf das Ganze gerichtet wird. Die Rechtskraft steht dieser Exception nicht entgegen. Denn der Ehemann, der sie vorschützt, gesteht ja, daß er nach der Strenge des Rechts das Ganze zu bezahlen schuldig sey, und insoweit sey gegen das Erkenntniß nichts einzuwenden. Allein da er sich in einer solchen Lage befinde, wo ihm seine Vermögens-Umstände nicht erlaubten das Ganze zu bezahlen, so sey es Unrecht, daß der Richter nicht auf seine vorgeschützte Einrede der Competenz erkannt habe. Ein Anders wäre, wenn diese Exception in Streit gezogen, und nach vorhergegangener Untersuchung als ungegründet wäre verworfen worden [79]). Aber auch in dem andern Falle, wenn der Mann

77) *L.* 1. §. 2. *D. Quae sententiae sine appellat. rescindantur. L.* 2. *Cod. Quando provocare non est necesse.* (VII. 64.) S. Harscher von Almendingen Metaphysik des Civilprocesses. 1. Band. S. 281—285.

78) Περὶ δικῶν seu Verisimilium Lib. I. Cap. 18. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. I. col. 729.)

79) *L.* 8. §. 2. *D. de negot. gestis. L.* 7. §. 1. *D. de compensat.*

die Exception gar nicht vor Gericht vorgeschützt hat, und deswegen auf das Ganze verurtheilt worden ist, muß ihm doch noch diese Rechtswohlthat zu statten kommen. Dem Richter kann hier nichts zur Last gelegt werden. Er würde der Klägerin Unrecht gethan haben, wenn er anders erkannt hätte. Er konnte auch nicht anders erkennen, weil er ja nicht wissen konnte, warum der Beklagte die Exception nicht vorschützte. Dem Beklagten kann aber auch dabey nichts zur Last gelegt werden, weil ja erst die Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses entscheidet, ob der Mann das Heyrathsgut ganz restituiren kann, oder nicht. Es kann ihm also auch hier die Rechtskraft nicht entgegenstehen, um von der ihm zustehenden Rechtswohlthat noch Gebrauch zu machen [80]). Es ist solchem nach in keinem Falle das richterliche Erkenntniß für nichtig zu halten, wodurch der Richter den Mann auf das Ganze verurtheilt hat, er mag die Einrede der Competenz vorgeschützt haben, oder nicht. Denn der Mann bleibt ja doch, wie auch hierbey der griechische Scholiast [81]) bemerkt hat, wegen des Rests verbindlich, und muß auch deshalb Caution leisten.

## §. 1279. a.

Bedingung der Wohlthat der Competenz beym Ehemann. Erläuterung der *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

Uebrigens wird bey dieser Rechtswohlthat vorausgesetzt, daß der Mann nicht dolo malo sein Vermögen vermindert habe. Dieß erfordert nicht nur Justinian in der *L. un.* §. 7. *Cod. de rei uxor. act.* sondern eben

80) Man sehe hier vorzüglich Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XXVII. ad L. 41. §. ult. D. de re iudicata.

81) *Basilica* Tom. IV. pag. 382. Sch. d.

dieß hat auch Pomponius *L.* 18. §. 1. *D. h. t.* welche aus deſſelben *Lib. XVI. ad Sabinum* entlehnt iſt, noch genauer beſtimmt. Er ſagt nämlich:

Licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio de dote, *an facere possit*, DOLUS duntaxat comprehenditur, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda, *quamquam eum duntaxat dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit, ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium.* OFILIUS autem aiebat, *si dolo mariti res dotalis interiisset*, et alioquin solvendo non esset, *quamvis nihil dolo fecisset, quominus solvendo esset*; perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine, in qua dolum fecisset, *atque si dolo eius factum esset, quominus facere possit.*

Pomponius lehrt hier, in wiefern ſchlechte Verwaltung, wodurch der Mann außer Stand gekommen iſt, das Ganze zu zahlen, ihn um ſein Privilegium bringe. Er zeigt, daß der ſonſt als ausgemacht angenommene Satz, der Ehemann hafte nicht blos für dolus, ſondern auch für culpa, nämlich in concreto, d. i. in suis rebus non consueta [82]), hier keine Anwendung finde. Hier ſchade ihm nur dolus. Aber auch nicht einmal jeder dolus, ſondern Pomponius macht einen Unterſchied zwiſchen der ſchlechten Verwaltung des eignen Vermögens des Mannes, und der des Dotalvermögens. Im Anſehung jener läßt ſich nur dann ein ſolcher dolus, der für den Mann den Verluſt ſeines Pri-

82) S. den 25. Th. dieſes Commentars. §. 1233. S. 118ff.

vilegiums zur Folge hat, annehmen, wenn bey der schlechten Verwaltung seines Vermögens seine Absicht gerade auf den Verlust der Frau gerichtet war; ausserdem macht ihn die schlechte Verwaltung seines eignen Vermögens nicht verantwortlich. In Ansehung der fehlerhaften Verwaltung der res dotalis hingegen genügt jeder dolus, durch den dieselbe ganz oder theilweise verloren geht, (denn beyde Fälle begreift der hier gebrauchte Ausdruck interire unter sich) um den Mann in Beziehung auf diese Sache seiner Rechtswohlthat für verlustig zu erklären. Also omissio diligentiae, quam suis rebus adhibere solet, wenn gleichwohl gewiß eigentliche culpa lata, reicht hier nicht hin, weil sonst aller Unterschied zwischen diesem Falle, und der Frage, ob er überall verantwortlich bleibe, verschwinden würde [83]).

## §. 1279. b.

**Wem steht die Wohlthat der Competenz noch, außer dem Ehemann, zu? Erläuterung der *L.* 53. *D. h. t.* und *L.* 49. *D. de re iudic.***

Ausser dem Ehemanne, steht die Rechtswohlthat der Competenz auch noch 2) den Kindern des Mannes zu, wenn sie als Erben ihres Vaters de dote belangt werden.

*L.* 18. *pr. D. h. t.* Pomponius *libro XVI. ad Sabinum.* Etiam filios mulieris, qui patri heredes exstiterunt, in id, *quod facere possunt*, condemnandos, Labeo ait.

83) S. Joh. Christ. Hasse Culpa des Römischen Rechts. 5. Kap. §. 62. S. 255—257. Man vergleiche auch die Scholien des Theodorus und Cyrillus in den Basiliken Tom. IV. pag. 382. seq. Schol. e.

Deswegen steht aber den Kindern diese Rechtswohlthat nicht als Erben ihres Vaters zu, welches schon darum nicht seyn kann, weil die Gesetze ausdrücklich sagen, sie gehe nicht auf die Erben über, sondern erlösche mit der Person [84]). Den Kindern steht vielmehr die Competenz als eine eigene Rechtswohlthat zu, wegen der nahen Blutsfreundschaft mit der Klägerin [85]). Aus gleichem Grunde geben die Gesetze die Rechtswohlthat der Competenz auch 3) dem Vater des Ehemannes, wenn die Schwiegertochter gegen ihn de dote klagt, weil er bey der Frau die Stelle des Vaters vertritt [86]).

*L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Paulus *libr. VII. ad Sabinum.* Socero quoque, cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur, *ut in id damnetur, quod facere potest.*

*L.* 16. *eodem.* Pomponius *libro XVI. ad Sabinum.* Quia parentis locum socer obtinet.

*L.* 21. *D. de re iudicata.* Paulus *libro VI. ad Plautium.* Sicut autem cum marito agitur, ita et cum *socero*, ut non *ultra facultates* damnetur.

Diese Wohlthat steht aber dem Schwiegervater zu, nicht nur, wenn die Schwiegertochter selbst klagt, sondern auch wenn ein Anderer die dos zurückfordert, der in ihre Stelle getreten ist. Es ist dieß nicht nur der allgemeinen

84) *L.* 12. *et L.* 13. *D. h. t.*

85) S. *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad Tit. Dig. de re iudicata, in Adpendice partis II. §. 4 et 5. (Tom. VII. *Thes. Meerm.* pag. 138.)

86) S. *Everard.* Bronchorst *Εναντιοφανῶν*. Centuria III. Assert. 16. pag. 283. und del Manzano c. l. §. 22. pag. 143.

Regel gemäß: Qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet [87]); sondern eben dieses sagt auch die *L.* 27. *D. h. t.* welche aus Gaius *libro XI. ad Edictum provinciale* genommen ist. Hier heißt es:

Si post divortium mortua muliere, HERES eius cum viro *parenteve* eius agat: eadem videntur de restituenda dote intervenire, quae, *ipsa muliere agente*, observari solent.

Noch ist im Allgemeinen zu bemerken, daß die Rechtswohlthat der Competenz nicht so weit ausgedehnt werden dürfe, daß diejenigen Personen, denen sie bey der Restitution der dos zusteht, von ihrem Vermögen auch das abziehen könnten, was sie noch andern Gläubigern schuldig sind. Ulpian sagt *libro LXIII. ad Edictum* [88]: Sunt, qui in id, quod facere possunt, conveniuntur, id est, *non deducto aere alieno.* Wer nun diese Personen sind, zeigt er nachher, und führt unter denselben in der darauf folgenden Stelle, die aus desselben *libro X. ad Edictum* [89]) genommen ist, den maritus, si de dote in id, quod facere potest, convenitur, ausdrücklich an. Von dem Ehemanne ist auch Tryphonin zu verstehen, welcher *Libro XII. Disputationum* [90]), sagt:

Si *filiofamilias* dos data est, ipse quidem *dotis actione* tenetur, pater autem eius *de peculio.* Nec interest, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, nec ne: sed *quatenus facere potest,*

87) *L.* 177. *D. de div. Reg. iuris.*

88) *L.* 16. *D. de re iudicata.*

89) *L.* 17. *D. eodem.*

90) *L.* 53. *D. Soluto matrim.*

hic quoque condemnandus est. Intelligitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei iudicandae tempore. Atquin, si cum patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri vel subiectis ei personis filius debet: at si cum ipso filio agatur, *alterius debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius.*

Es ist hier von dem Falle die Rede, da der Mann, der das Heyrathsgut empfangen hatte, zur Zeit der Trennung der Ehe noch unter väterlicher Gewalt stand. Hier haftet der Sohn mit der actio de dote, der Vater aber mit der actio de peculio[91]), das Peculium des Sohns mag gerade aus der dos, oder aus einem andern Fond bestehen, den der Vater dem Sohne gegeben hat. Der Unterschied besteht nun darin. Wird der Sohn belangt, so geht die actio de dote auf das Ganze. Reicht dieses nicht hin, so wird er, wenn er gleich noch in der väterlichen Gewalt ist, doch nur in so weit verurtheilt, quatenus facere potest, weil er als Ehemann belangt worden ist. Das facere posse beurtheilt man aber nach der Beschaffenheit seines Peculiums, welches er zur Zeit des rechtskräftigen Erkenntnisses besitzt. Dieß wird nun ganz gerechnet mit allem, was dazu gehört, und er darf davon vorher nicht abziehen, was er dem Vater oder andern in desselben Gewalt stehenden Personen schuldig ist. Wird hingegen der Vater mit der actio de peculio belangt, so zieht er zuvor ab, was der Sohn dem Vater und andern ihm unterworfenen Personen schuldig ist. Denn auch das Letztere gehört

91) *L.* 36. *D. de peculio.*

dem Vater [92]). Nur der Donator hat das Vorrecht, daß er, wenn er aus der Schenkung belangt wird, bey Berechnung der Competenz von seinem Vermögen auch seine übrigen Schulden abziehen darf. Beyde Fälle stellt Paulus einander gegenüber, wenn er in der *L.* 49. *D. de re iudicata*, welche aus desselben *Lib. II. Manualium* genommen ist, sagt:

Et exheredatum, vel eum, qui se paterna hereditate abstinuit, nec ex ipsius contractu, nisi in id, quod facere potest, condemnandum. Quemadmodum autem *facere posse* credatur, videndum est: utrum deducto omni aere alieno, ut is, qui ex donatione convenitur: an, ut MARITUS et patronus, *nullo deducto aere alieno?* Et indubitati iuris est, *ad similitudinem* VIRI *et patroni* eum detrahendum: pinguius enim *donatori* succurrere debemus, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur.

Paulus spricht hier eigentlich von der Competenz-Wohlthat, welche einer Person zusteht, die während der väterlichen Gewalt Schulden gemacht hat, und, nachdem sie durch den Tod des Vaters sui iuris geworden, von ihren Gläubigern wegen derselben belangt wird, allein solche ganz zu bezahlen ausser Stande ist, weil der Vater den Sohn enterbt, oder weil er sich wegen der väterlichen Schulden von der Erbschaft des Vaters losgesagt hat.

92) *L.* 9. §. 2. *et* 3. *D. de peculio.* Ueber die *L.* 53. *D. h. t.* vergleiche man *Ger. Christ.* Rücker Diss. ad varias Pandect. LL. in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in academ. Belgic. habitar* Vol. I. Tom. I. pag. 297. seq.

Es ist von diesem Falle an einem andern Orte [93]) gehandelt worden. Indem nun Paulus die Frage aufwirft, wie weit sich das facere posse bey der Bestimmung dieser Competenz erstrecke, stellt er eine Vergleichung an zwischen dem Ehemann, und dem Donator. Erster habe die Competenzwohlthat, nullo deducto aere alieno, letzter aber, wenn er aus der Schenkung belangt wird, deducto omni aere alieno. Die aufgeworfene Frage selbst entscheidet er nun so, daß der enterbte Sohn in Rücksicht der ihm zustehenden Competenz nach dem Beyspiel des Ehemannes und des Patrons zu beurtheilen sey. Indubitati iuris est, *ad similitudinem viri* et patroni eum detrahendum [94]). Es ist offenbar

93) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 897. S. 292. f.

94) Die Lesart ist hier sehr verschieden. Haloander liest EI detrahendum, und eben so Lud. Miräus, Dionys. Gothofredus, und Simon van Leeuwen. Dieser Lesart hat auch Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XXVII. ad. L. 16. D. de re iudicata sub rubr. de aere alieno deducendo, gehuldiget. Dagegen bemerkt Lud. Charondas, der übrigens die florentinische Lesart beybehalten hat, daß sein Cod. Manuscr. *non* detrahendum lese. Beyde Lesarten: EI NON detrahendum, sc. aes alienum, vereiniget Jauchius in Meditation. crit. de Negationibus Pandect. Florentin. Cap. XVI. Nro. 31. pag. 271. und ihm stimmt *Jos.* Finestres Praelect. Cervariens ad Tit. Pandectar. de liberis et postumis. P. IV. Cap. IV. §. 30. pag. 153. bey. Die übrigen alten Ausgaben, die ich verglichen habe, z. B. Claud. Chevallonius, Wilh. Merlinus, Baudoza Cestius u. a. lesen eum condemnandum. Jedoch meint Contius, nach der Bemerkung des Charondas, man müsse non condemnandum lesen. Allein daß alle diese Lesarten un-

unrichtig, wenn man das detrahendum hier mit dem aes alienum in Verbindung gebracht hat, und daher ganz sinnlos die Lesart *ei* detrahendum. Denn wer wird wohl vernünftiger Weise sagen: aes alienum *debitori* detrahendum? Der Schuldner ist es ja, welcher abziehen will, und nur, wenn er der Donator ist, abziehen kann, was er seinen Gläubigern schuldig ist[95]). Das Wort *detrahere* wird hier vielmehr gerade in der Bedeutung genommen, wie es in einer Stelle des Livius[96]) gebraucht wird, wo es heißt: *Si nunc moratus fuerit, sciat, regum maiestatem difficilius a summo fastigio ad medium detrahi, quam a media ad ima praecipitari.* In dieser Bedeutung wird auch das Wort *deducere* gebraucht, wenn Cicero[97]) sagt vom C. Rabirius Postumus: Hoc ille natus, quamvis patrem numquam viderat, *tamen et natura ipsa duce, quae plurimum valet, assiduis domesticorum sermonibus in paternae culpae similitudinem deductus.* Die Worte des Paulus: *ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum*, wollen also soviel sagen, Er

richtig sind, und die florentinische den Vorzug verdiene, haben *Jo. Gottfr.* Sammet Receptar. Lectionum ad Jauchium lib. sing. Disputat. III. Cap. 31. (in *Opusc.* pag. 180. sq.) und *Ger. Christ.* Rücker Diss. ad L. 6. §. 1. π. Quemadm. servitut. amitt. *L.* 49. π. *de re iudicata*, et L. 21. π. de pactis. *Lugd. Batav.* 1751. Cap. 2. (in *Gerh.* Oelrichs. *Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 291. — 298.) gezeigt.

95) *L.* 12. *D. de donat.*

96) *Lib. XXXVII. Cap.* 45.

97) *Orat. pro C. Rabirio Postumo.* Cap. 2.

ist bey der Berechnung der Competenz mit dem Ehemanne und Patron auf gleiche Linie zu setzen. Er kann daher, so wenig wie diese, seine übrigen Schulden vorher abziehen, wenn er auch nachweisen könnte, daß ihm, wenn er seine übrigen Schulden noch bezahlen sollte, der nöthige Lebensunterhalt nicht übrig bleiben würde[98]).

Daß bey dem Donator die Competenzwohlthat eine ausgedehntere Wirkung hat, läßt sich wohl erklären. Denn es wäre ja unbillig, wenn der Donatar, der blos nach Gewinn trachtet, selbst zum Nachtheil des Donators, mehr begünstiget werden sollte, als die übrigen Gläubiger, die das Ihrige fordern, und nur Schaden abzuwenden suchen. Tryphoninus *libro XII. Disputationum*[99]) führt den Grund an: Ne liberalitate sua inops fieri periclitetur sc. donator. Eine noch besonders wichtige Stelle ist die aus des Paulus *libro singulari de iure singulari*[100]), welche so lautet:

Maritus FACERE POSSE creditur, *nullo deducto aere alieno:* item socius, item patronus, parensue. At is, qui ex donatione convenietur, *omni aere alieno deducto* facere posse intelligitur.

Wird also der Mann de dote belangt, und sein Vermögen übersteigt noch die Forderung seiner Frau, so daß es mit seinem Lebensunterhalt noch keine Noth hat; so wird er in das Ganze condemnirt, wenn er auch

98) Man sehe auch *Em.* Merillii. lib. sing. Differentiar. iuris, restitutus ex Libris Manualium Julii Pauli. (*Neapoli* 1720. 4.) Cap. XVIII. pag. 31.

99) *L.* 50. *D. de re iudicata.*

100) *L.* 54. *D. Solato matrim.*

nachweisen könnte, daß er noch andere Gläubiger habe, und er, wenn er auch diese noch befriedigen müßte, an Bettelstab gerathen würde. Denn hier heißt es: *Occupantis melior conditio est*, d. i., der Gläubiger, welcher dem andern zuvorgekommen ist, erhält seine ganze Bezahlung, wenn auch noch mehr Schulden da sind [1].

Was von dem Ehemann gesagt worden, gilt denn auch von den übrigen, denen bey der Restitution der dos die Wohlthat der Competenz zusteht. Denn des parens gedenkt ja nicht nur Paulus in der angeführten Stelle, sondern eben dieser Paulus sagt auch noch an einem andern Orte, *libro VI. ad Plautium* [2]) ausdrücklich:

Sed et si cum PATRE patronove agetur, *non est deducendum aes alienum:* maxime quod eiusdem conditionis personis debebitur, ut *liberis*, libertis.

Nur der Donator allein, soll eine Ausnahme machen, wie aus den folgenden Worten [3]) erhellet:

Is quoque, qui *ex causa donationis convenitur*, in quantum facere potest, condemnatur: *et quidem* IS SOLUS *deducto aere alieno.*

1) *L.* 19. *pr. D. de re iudicata. L.* 27. *D. Quae in fraudem creditor. S. Franc. Car.* CONRADI ad Julii Pauli ex libro singulari de iure singulari reliqua. *Lipsiae* 1728. Fragm. III.

2) *L.* 19. *cit. de re iudicata.*

3) *L.* 19. §. 1. *cit.*

## Lib. XXV. Tit. I.

# De impensis in res dotales factis.

### §. 1280.

**Gegenforderungen des Beklagten bey der Restitution der dos überhaupt. I) Befreyung von übernommenen Verbindlichkeiten.**

Bey der Restitution des Heyrathsguts können Gegenforderungen vorkommen, weshalb der Mann, oder wer sonst zur Restitution verbunden ist, entweder abrechnen, oder retiniren, oder wenigstens mit einer Klage sich helfen kann[4]). Ersatz der aufgewandten Unkosten, wovon dieser Titel handelt, ist nun zwar immer einer der hier zur Sprache kommenden wichtigsten Punkte, aber doch nicht der alleinige. Die Gesetze gedenken auch anderer Gegenforderungen. Dahin gehört, daß der Mann Befreyung von den in Ansehung der dos übernommenen Verbindlichkeiten fordern kann[5]), wovon Paulus *libro V. ad Plautium*[6]) folgendes Beyspiel giebt:

4) S. *Car. Jul. Meno* Valett Diss. de retentionibus ex dote faciendis. *Goettingae* 1820. 8. von Weninginghein Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 49.

5) S. Voet Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 22.

6) *L.* 55. *D. Solato matrimon.*

Cum mulier de dotis repetitione post solutum matrimonium agit, cavere debet marito, *qui aedium nomine damni infecti cavit*, si velit eam recipere, ut periculum mariti amoveat.

Der Mann hatte wegen eines baufälligen Gebäudes, welches zur dos gehörte, die cautio damni infecti geleistet [7]). Diese Caution erlischt mit Aufhebung der Ehe nicht, sondern der Mann bleibt auch noch nachher daraus verbunden [8]). Die Frau muß ihm also dafür gutstehen, daß sie ihn entschädigen wolle, wenn er aus der stipulatio damni infecti noch nach getrennter Ehe belangt werden sollte; und so lange ihn die Frau gegen diese Besorgniß nicht durch hinlängliche Caution gesichert hat, braucht er ihr die dos nicht zurückzugeben.

## §. 1281.

II. Ersatz der Verwendungen. Verschiedene Arten derselben, und deren rechtliche Folgen. I. Nothwendiger Aufwand. Was heißt: Impensae necessariae dotem minuunt *ipso iure?*

In diesem Titel ist nun vorzüglich von dem Ersatz der von dem Manne der *dos* wegen gemachten Verwendungen die Rede [9]). Diese werden hier unter dem

7) *L.* 19. §. 1. *L.* 24. §. 2. *D. de damno infecto.*

8) Arg. *L.* 40. §. 3. *D. de heredit. petit. L.* 19. *D. de Rei vindicat.* S. Duarenus ad L. 55. D. h. t. (*Oper.* pag. 290.)

9) Die vorzüglichsten Schriften sind *Hug.* Donelli Commentarii de iure civ. Lib. XIV. Cap. 8. §. 4. sqq. (Tom. VIII. pag. 237 — 241. *edit. Norimberg.* 1825. 8.) *Guil.* Masii Singularium Opinion. iuris libri duo.

Namen *impensae* verstanden, in einer nicht so ausgedehnten Bedeutung, als welche das Wort *expensae*, Ausgaben, hat[10]), obwohl auch die Ausdrücke impensae und expensae zuweilen mit einander verwechselt werden[11]). Solche Verwendungen können nun entweder der physischen oder juristischen Substanz der Sache zu Gute gekommen seyn, z. B. der Aufwand besteht in Prozeßkosten, dadurch der Sache ein Recht erhalten, oder nachtheilige Rechte von ihr abgewendet worden sind, *Im-*

(*Lovan.* 1641. 4.) Lib. II. Cap. 9. *Greg.* Majansii Disputat. de impensis in res dotales factis: in Eius *Disputation. iuris civilis.* Tom. I. (*Lugd. Batav.* 1752. 4.) Disp. XXVIII. pag. 423—437. *Guil.* Bestii Disp. exhibens Conjecturas quasdam ex iure civili. *Trajecti ad Rhen.* 1704. Cap. I. *Quid sibi velit illud vulgatum, impensas necessarias dotem ipsa iure minuere.* (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iuridicar. select. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 197—205.) und Carl Jul. Meno Valett von den Verwendungen auf die dos; in desselben pract. theoretischen Abhandlungen aus dem Gebiete des Röm. Privatrechts. 1. Bändchen. Göttingen 1824. 8. 1. Abh.

10) Gewöhnlich setzt man den Unterschied zwischen *Impensae* und *Expensae* darin, daß erstere ein in die Sache selbst, letztere aber ein blos zum Zweck derselben gemachter Aufwand sind. S. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. Th. §. 266. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 207. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. B. §. 122. Allein man s. Nettelbladt Syst. elem. iurisprud. positivae Germanor. commun. gen. §. 44. und Valett angeführte Schrift §. 1.

11) *L.* 12. *pr. C. de petit. hered.* (III. 31.) *L. un.* §. 5. *C. de rei ux. act.*

*pensae in rem ipsam factae*[12]); oder sie sind bloß der Fruchtgewinnung wegen verwendet worden, *Impensae quaerendorum fructuum causa factae*[13]). Auf diesen Unterschied kommt viel an, wenn die Frage ist, in wiefern dem Ehemanne die gemachten Verwendungen zu vergüten sind. Auf diesen Unterschied scheinen sich die Worte Ulpians *L. 5. pr. D. h. t.* zu beziehen, welche aus desselben *libro XXXVI. ad Sabinum* genommen sind:

Hoc de his impensis dictum est, quae *in dotem ipsam* factae sunt: ceterum, si *extrinsecus*, non imminuent dotem.

Die Glosse erklärt sie aus *L. 3. D. eodem:* welche aus demselben Buche des Ulpians genommen sind, wo es heißt §. 1.

Nos generaliter definiemus, multum interesse, ad perpetuam utilitatem agri, *vel*[14]) ad eam, quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero *ad praesentis anni fructum.* Si in *praesentis, cum fructibus hoc compensandum,* si vero non fuit ad praesens tantum apta erogatio, necessariis impensis computandum.

12) *L. 1 — 15. D. h. t. L. 7. §. 16. in fin. D. Soluto matrimonio.*

13) *L. 16. D. h. t. L. 7. §. 16. D. Soluto matrimon.*

14) Das VEL erklärt *Dionys.* GOTHOFREDUS durch *id est,* wie es auch in der Ueberschrift des Titels: *Si ager vectigalis* VEL *emphyteuticarius petatur* genommen wird. Es sollen auch einige Manuscripte so lesen.

Auf diesen Unterschied bezieht sich auch wohl, was derselbe Ulpian *L.* 1. §. 2. *D. eodem*, die eben daher entlehnt ist, in folgenden Worten sagt:

In necessariis impensis hoc sciendum est, eas demum impensas dotem minuere, quae *in dotem* factae sunt: ceterum *si in dotem factae non sint* [15]), non habent in se reputationem.

Geht man nun den ganzen Ideengang durch, so wie er uns in den auf einander folgenden Fragmenten des Ulpians, die alle aus demselben *Libro XXXVI. ad Sabinum* genommen, und nur durch eingeschobene aus Paulus unterbrochen sind, vor Augen liegt, so ergiebt sich, daß die impensae *in dotem ipsam* factae diejenigen sind, welche auf die Substanz der Sache wirken, *extrinsecus* autem factae, solche genennt werden, welche nicht *in dotem ipsam*, obwohl in Beziehung auf die dos, gemacht worden sind. Denn auch solche Verwendungen, welche zur Gewinnung der Früchte gemacht werden, können nothwendig seyn, wenn sie erfordert werden, damit die Sache den ordentlichen und gewöhnlichen Nutzen gewähren könne, den ihr Zustand möglich macht, wie Neratius *libro VI. Membranarum* lehrt, dessen Ansicht in der *L. ult. h. t.* niedergelegt ist. Allein sie sind doch nicht in dotem ipsam verwendet, wenn ihr Nutzen nicht fortwährend ist, sondern blos für die gegenwärtige Zeit gemacht ist. Es ergiebt sich also aus dem allen, daß das *extrinsecus* eine Beziehung auf die dos selbst haben müsse, und nicht von andern der Frau gehörigen

15) In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 1. heißt es: τὰ εἰς ἄλλο τι γενόμενα. i. e. *in aliud quidpiam factae* sc. impensae.

Sachen, die nicht zum Brautschatze derselben gehören, so wie man das *extrinsecus* gewöhnlich zu verstehen pflegt[16]), erklärt werden könne. Denn von andern Verwendungen für die Frau, die nicht auf die dos selbst sich beziehen, ist in diesem Titel gar keine Rede, und dann zeigt ja der Nachsatz: si extrinsecus, *non imminuent dotem*, deutlich genug an, daß das *extrinsecus* eine Beziehung auf die dos haben müsse. Das übrige Vermögen der Frau, ihre Paraphernalgüter, gehören also nicht hierher. Es finden daher die für die impensae in dotem factae in diesem Titel vorgetragenen Grundsätze auf die Paraphernalgüter der Frau keine Anwendung, sondern es finden hier die gemeinen Grundsätze von Verwendungen statt, so wie sie an andern Orten, bey der rei vindicatio[17]), ferner bey der actio pigneratitia[18]), sind vorgetragen worden. Bey den Paraphernalgütern können daher alle Arten von Verwendungen zur Compensation gebracht werden, sogar unter gewissen Einschränkungen die impensae voluptuariae, wenn nur die Paraphernalgüter in des Mannes Hände durch ein Geschäft gekommen sind, welches Compensation zuläßt, also z. B. nicht durch ein depositum.

Um nun aber auf die oben schon berührte Frage vom Ersatz der wegen der *dos* gemachten Verwendungen wieder zurückzukommen, so sind hier folgende Fälle zu unterscheiden.

16) S. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. a Smallenburg editae, notisq. auctae. Tom. IV. ad L. 1. §. 2. D. h. t. und Valett angef. Abhandlung §. 12.

17) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 592. S. 301—310.

18) S. den 14. Th. §. 866. S. 65—67.

I. Es sind die Verwendungen blos der Früchte wegen gemacht worden. Diese muß der Mann mit den gezogenen Früchten compensiren, so weit er solche nicht restituirt, und kann dafür keine Vergütung fordern, selbst dann nicht, wenn diese Verwendungen zugleich auch auf die Erhaltung der Sache selbst wirkten, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

*L.* 16. *D. h. t.* Neratius *libro VI. Membranarum.* Et ante omnia quaecunque impensae *quaerendorum fructuum causa* factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant, ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit: nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.

Hätte der Mann auch einmal in einem Mißjahre ausserordentliche Kosten auf die Gewinnung der Früchte verwenden müssen, weil z. B. die ausserordentliche Nässe in dem Jahre, oder das überhäufte Ungeziefer, oder andere physische Ursachen, ausserordentliche Anstalten nothwendig machten; sie waren aber doch nur für den Fruchtgewinn dieses Jahres gemacht, und haben also für die Zukunft keinen bleibenden Nutzen, so müssen auch diese Kosten mit den Früchten compensirt werden. Dieß ist es, was Ulpian in den oben aus *L.* 3. §. 1. angeführten Worten sagt:

Si in praesentis, (sc. anni fructum) cum fructibus hoc compensandum [19]).

19) Die Lesart bey Miräus: Si in *praesens*, cum fructibus hoc *computandum*, verdient wohl nicht der florentinischen vorgezogen zu werden. Letztere stimmt auch

Eben so müssen mit den Früchten auch die Steuern und öffentlichen Abgaben, welche der Mann von den fundus dotalis hat leisten müssen, compensirt werden, und es findet daher wegen derselben kein Ersatz statt. Onus enim fructuum, sagt Paulus *Lib. VII. Brevium* [20]), haec impendia sunt.

Zu den impensis fructuum quaerendorum causa factis gehören übrigens nicht blos die Kosten des Pflügens und Säens, und dergleichen, sondern auch die ge-

mit den *Basilicis* Tom. IV. pag. 417. überein, wo es heißt: *Εἰ μὲν πρὸς τον παρόντα ἐνιαυτὸν φέρεται τὸ δαπανηθὲν, καὶ τοὺς καρποὺς τοῦ ἐνιαυτοῦ, ἀντιλογίζεται τοῖς καρποῖς ἡ δαπάνη. Si quidem, quod impensum est, ad praesentem annum pertineat, et anni fructus, impensa cum fructibus compensatur.* Uebrigens ist kein Grund vorhanden, den *praesens annus* gerade nur von dem Jahre zu verstehen, in welchem sich die Ehe auflöst, wie Valett in der angef. Abhand. §. 8. S. 21. behauptet. Denn, wenn gleich zu der Zeit die Gegenforderungen des Mannes erst zur Sprache kommen, so brauchen sie sich doch nicht gerade aus diesem Jahre herzuschreiben. *Praesens annus* nennen die Gesetze nie das letzte Dotaljahr. Man vergleiche nur *L. 7. D. Soluto matrim.* und *L. un. §. 9. C. de rei ux. act.* Das impensum *in praesentis anni fructum*, wird hier einer solchen erogatio entgegengesetzt, quae non fuit *ad praesens tempus* tantum apta, sed *ad perpetuam utilitatem* agri pertinet. Ist von den Früchten des letzten Jahres die Rede, welche unter die Ehegatten nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe gedauert hat, vertheilt werden, so zieht der Mann verhältnißmäßig die darauf verwandten Kosten ab, das Uebrige wird getheilt. *L. 7. pr. D. Soluto matrim.*

20) *L. 13. D. h. t.*

wöhnliche Erhaltung der Gebäude, sofern nämlich aus denselben Früchte gewonnen werden, und auch wohl insofern, als diese Gebäude zur Aufnahme und Aufbewahrung der Früchte dienen. Ulpian lehrt dieses in einer aus desselben *libro XXXI. ad Sabinum* entlehnten Stelle, es ist die *L.* 7. §. 16. *D. Soluto matrim.*

Impendi autem *fructuum percipiendorum causa*, Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est: quodque in tutelam aedificiorum, aegrumve servum curandum: scilicet si ex aedificio, vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hae impensae non petentur, *cum maritus fructum totum anni retinet:* quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est.

II. Es sind Kosten auf die Dotalsachen selbst verwendet worden. Hier sind dreyerley Arten von Verwendungen zu unterscheiden, nothwendige, impensae necessariae, nützliche, utiles, und blos verschönernde, voluptuariae [21]). Soviel

A) die nothwendigen Verwendungen anbetrift, so werden unter dieser Benennung hier diejenigen verstanden, welche der Mann zu machen genöthiget war, weil sie die Erhaltung der Sache und Abwendung der Klage auf Leistung des Interesse wegen Vernachlässigung erforderte [22]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

*L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Sabinum.* Necessariae hae dicuntur, quae

21) *L.* 1. *pr. D. h. t.*

22) S. Valett angef. Abhandl. §. 2—4. von Weninge-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 49.

habent in se necessitatem impendendi: ceterum si nulla fuit necessitas, alio iure habentur.

§. 3. Inter *necessarias impensas* esse Labeo ait, moles in mare vel flumen proiectas: sed et si *pistrinum* [23]), vel *horreum* [24]) necessario factum sit, in necessariis impensis habendum erit. Proinde Fulcinius inquit, si aedificium ruens, quod habere mulieri utile erat, refecerit; aut si oliveta reiecta [25]) restauraverit, vel ex stipulatione damni infecti [26]), ne committatur, praestiterit [27]).

23) Eine Getreidemühle, wo auch zugleich das Brod gebacken wurde. S. Pitisci Lexicon. Antiquitat. Rom. Tom. III. voc. *Pistrinum* pag. 91.

24) Ein Vorrathsgebäude. S. den 11. Th. S. 216.

25) Haloander lieſt *defecta*. Eben ſo Miräus. *Nic.* Catharinus Observation. et Conjecturar. lib. Cap. 18. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 490.) ſubſtituirt *senecta*, i. e. senectute obsita et confecta, welches jedoch *Ant.* Schulting in Notis ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 355. verwirft. Baudoza und Merlin leſen *deiecta*. Dieſe Lesart billiget van Bynkershök in nota ad h. L. in Corp. iuris Gebauer. et Spangenb. und führt zur Beſtätigung an *L.* 12. *pr. D. de Usufr. et L.* 58. *D. de contr. emt.* Jedoch meint er, könnte auch *eiecta* geleſen werden. Die florentiniſche Lesart vertheidiget jedoch Dionyſ. Gothofredus, und erklärt das Wort durch Oliven-Gärten, die durch die Gewalt des Sturmwindes verwüſtet worden ſind. Die Baſiliken Tom. IV. p. 416. haben blos ἡ ἐλαιῶνα ohne Beywort.

26) Ruſſard ſubintelligirt hier nomine. Dieß Wort ſey durch einen Gräcismus weggelaſſen. Contius hingegen meint, es müſſe vielmehr bey *praestiterit*, das Wort

*L. 2. D. h. t.* Paulus *libr. VII. ad Sabinum.* Vel in valetudinem servorum impenderit.

*L. 3. h. t.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Sabinum.* Vel si vites propagaverit, vel arbores curaverit, vel *seminaria* [28]) pro utilitate agri fecerit; necessarias impensas fecisse videbitur.

*L. 4. h. t.* Paulus *libro XXXVI. ad Edictum.* Et in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, *quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri.* Sed hoc differt, quod factarum ratio

cautum oder satis hinzugedacht werden. Soviel ist gewiß, daß der Mann, welcher wegen des zur dos gehörigen Gebäudes die *cautio damni infecti*, um die missio in possessionem praedii dotalis abzuwenden, (*L. 1. pr. D. de fundo dotali*) geleistet, und sich deswegen mit dem Nachbar verglichen, impensas necessarias gemacht habe, wie die Glosse diese Stelle ganz richtig erklärt hat. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 1. heißt es: καὶ τὸ δοῦναί τι, διὰ τὸ μὴ βεβαιωθῆναι τὴν περὶ μελλούσης συμπτώσεως ἀσφάλειαν. i. e. *vel si quid dederit, ne stipulatio damni infecti committeretur.* S. auch Schulting Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. pag. 355.

27) Von dieser cautio damni infecti ist oben gehandelt worden. §. 1280. S. 375.

28) *Basilica* T. IV. pag. 417. haben σπερματοθήκας. So rechtfertiget sich die Erklärung der Glosse, welche das Wort *Seminaria* durch loca, ubi frumentum ad seminandum reponitur, erklärt, ob man gleich sonst darunter Baumschulen zu verstehen pflegt. S. *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. variae s. Meletemata ad Pandect. Diss. XXII. §. 9.

habetur, *etsi res male gesta est*: non factarum, ita, *si ob id res male gesta est.* Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur: si non fecerit, deusta ea nihil praestabit.

Es erhellet zugleich aus dieser Stelle, daß der Mann nicht unbedingt für die Vernachlässigung des nothwendigen Aufwandes haftet, sondern nur insofern, als gerade dadurch, daß er ihn nicht machte, die Dotalsache Schaden gelitten hat. Dieß ist hier der Sinn der Worte: non factarum ita, *si ob id res male gesta est.* Nur hier muß der Mann das volle Interesse leisten [29]). Paulus erläutert dieses durch das Beyspiel, wenn der Mann ein baufälliges Gebäude zu unterstützen unterlassen hat, und dieß nachher abbrennt. Hier darf der Mann nicht für die unterlassene Unterstützung des Hauses haften, weil nicht dadurch, sondern durch das Abbrennen der Schade geschehen ist. Denn das Haus wäre ja doch abgebrannt, wenn es auch der Mann gestützt hätte. Dahingegen werden dem Manne nothwendige Verwendungen auch dann ersetzt, wenn sie ohne seine Schuld nicht den beabsichtigten Erfolg gehabt haben. Dieß ist es, wenn Paulus hier sagt: *etsi res male gesta est* [30]).

29) In den Basilicis *c. l. Const.* 4. pag. 417. heißt es: ἐπὶ δὲ τοῖς μὴ γενομένοις τότε καταδικάζεται ὁ ἀνὴρ ὅτε διὰ τὸ μὴ γενέσθαι τὴν δαπάνην ἡ ξημία συνέβη. i. e. *ob non factas autem impensas tunc maritus condemnatur, si res uxoria deterior facta sit.* S. Voorda Thes. controversar. Decad. XIII. §. 6. und Walett angef. Abhandl. §. 3. S. 9.

30) Basilica c. l. p. 417. καὶ τὰ μὲν γενόμενα λογίζονται, κἂν ὁ οἶκος μετὰ τὸ ἀνορθωθῆναι καυθῇ. i. e. *et factae quidem reputantur, licet domus, in quam factae sunt, deusta sit.*

*L. 14. h. t.* Ulpianus *libro V. Regularum.* Impensae necessariae sunt, quibus non factis dos imminuitur: veluti aggeres facere, flumina avertere, aedificia vetera fulcire, itemque reficere, arbores in locum mortuarum reponere [31]).

*L. 79. D. de Verbor. Signif.* Paulus *Lib. VI. ad Plautium.* Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.

Da nun also nothwendige Verwendungen diejenigen genennt werden, welche erforderlich sind, um die dos, und was zu derselben gehört, in dem physischen und juristischen Zustande zu erhalten, in welchem sie der Mann empfieng; so gehören zu diesen Verwendungen nicht blos diejenigen, welche auf nothwendige, sondern auch die, welche auf blos nützliche Sachen gemacht worden sind. Es erhellet dieses nicht nur aus der angeführten Stelle Ulpians *L. 1. §. 1. D. h. t.* wo Ulpian sagt: si aedificium ruens, *quod habere mulieri* utile *erat*, refecerit, — necessarias impensas fecisse videbitur; sondern noch deutlicher lehrt dieses Ulpian an einem andern Orte, *libro* XXX. *ad Sabinum*, woraus die *L. 7. §. ult. D. Soluto matrim.* genommen ist. Hier heißt es nun ausdrücklich:

Plane si novam villam necessario exstruxit, vel veterem totam sine culpa conlapsam restituerit,

31) *Fragm. Tit. VI. de dotibus* §. 15. in Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 587. sagt Ulpian. *Necessariae* sunt *impensae*, quibus non factis dos deterior futura est, veluti si quis ruinosas aedes refecerit.

erit eius impensae petitio [32]): simili modo et si pastina instituit [33]): *hae enim impensae aut*

32) Das Wort petitio wird hier für retentio genommen, wie *B.* Voorda Thes. controversar. Dec. XIII. §. 5. bemerkt.

33) Haloander pastinum. Eben so Baudoza. Was heißt aber *pastina instituere?* Brenkmann in der Note zu dieser Gesetzstelle in dem *Corp. iur. Gebauer. Spangenb.* erklärt es durch terram altius egerere ad plantandas vites vel arbores. Die Scriptores rei rusticae haben dieses ausführlicher erklärt. Columella *de Re rustica* Lib. III. Cap. 18. sagt: *Pastinum* vocant agricolae ferramentum bifurcum, quo semina panguntur. Unde etiam *repastinatae* dictae fuere *vineae veteres*, *quae refodiebantur.* Haec enim propria appellatio *restibilis vineti* erat: nunc antiquitatis imprudens consuetudo, quidquid emoti soli vineis praeparatur, *repastinatum* vocant. Noch ausführlicher ist Palladius Rutilius *de Re rustica* Lib. II. in *Januario* cap. 10. *Pastinum* fieri nunc tempus est: quod fit tribus generibus, aut terra in totum fossa, aut sulcis, aut scrobibus. Terra tota debet effodi, ubi ager immundus est, ut silvestribus truncis et radicibus filicis, vel herbarum noxiarum spatia liberentur: ubi autem mundae sunt novales, scrobibus *pastinemus* aut sulcis: sed sulcis melius erit, quia humorem in tota spatia *pastinata* transmittunt. — *Pastini* vero, quod omne versabitur, trium vel duorum semis pedum altitudine terra universa fodietur. Man sieht also hieraus, daß das Wort *pastinum* bey den Alten verschiedene Bedeutungen hatte, *pastina instituere* hier aber soviel heißt, als Plätze durch Umgrabung und Erhöhung des Bodens zur Bepflanzung mit Weinstöcken und Bäumen zubereiten. S. Brissonius de Verbor. iuris Significat. voc. *Pastina instituere*, und Scheller's lateinisch-deutsch. Lexikon IV. Abth. Voc. *Pastinum.*

I. Es sind die Verwendungen blos der Früchte wegen gemacht worden. Diese muß der Mann mit den gezogenen Früchten compensiren, so weit er solche nicht restituirt, und kann dafür keine Vergütung fordern, selbst dann nicht, wenn diese Verwendungen zugleich auch auf die Erhaltung der Sache selbst wirkten, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

*L.* 16. *D. h. t.* Neratius *libro VI. Membranarum.* Et ante omnia quaecunque impensae *quaerendorum fructuum causa* factae erunt, quamquam eaedem etiam colendi causa fiant, ideoque non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariae sint, eas vir ex suo facit: nec ullam habet eo nomine ex dote deductionem.

Hätte der Mann auch einmal in einem Mißjahre ausserordentliche Kosten auf die Gewinnung der Früchte verwenden müssen, weil z. B. die ausserordentliche Nässe in dem Jahre, oder das überhäufte Ungeziefer, oder andere physische Ursachen, ausserordentliche Anstalten nothwendig machten; sie waren aber doch nur für den Fruchtgewinn dieses Jahres gemacht, und haben also für die Zukunft keinen bleibenden Nutzen, so müssen auch diese Kosten mit den Früchten compensirt werden. Dieß ist es, was Ulpian in den oben aus *L.* 3. §. 1. angeführten Worten sagt:

Si in praesentis, (sc. anni fructum) cum fructibus hoc compensandum [19]).

19) Die Lesart bey Miräus: Si in *praesens*, cum fructibus hoc *computandum*, verdient wohl nicht der florentinischen vorgezogen zu werden. Letztere stimmt auch

Eben so müssen mit den Früchten auch die Steuern und öffentlichen Abgaben, welche der Mann von den fundus dotalis hat leisten müssen, compensirt werden, und es findet daher wegen derselben kein Ersatz statt. Onus enim fructuum, sagt Paulus *Lib. VII. Brevium* [20]), haec impendia sunt.

Zu den impensis fructuum quaerendorum causa factis gehören übrigens nicht blos die Kosten des Pflügens und Säens, und dergleichen, sondern auch die ge-

mit den *Basilicis* Tom. IV. pag. 417. überein, wo es heißt: *Εἰ μὲν πρὸς τον παρόντα ἐνιαυτὸν φέρεται τὸ δαπανηθὲν, καὶ τοὺς καρποὺς τοῦ ἐνιαυτοῦ, ἀντιλογίζεται τοῖς καρποῖς ἡ δαπάνη. Si quidem, quod impensum est, ad praesentem annum pertineat, et anni fructus, impensa cum fructibus compensatur.* Uebrigens ist kein Grund vorhanden, den *praesens annus* gerade nur von dem Jahre zu verstehen, in welchem sich die Ehe auflöst, wie Valett in der angef. Abhandl. §. 8. S. 21. behauptet. Denn, wenn gleich zu der Zeit die Gegenforderungen des Mannes erst zur Sprache kommen, so brauchen sie sich doch nicht gerade aus diesem Jahre herzuschreiben. *Praesens annus* nennen die Gesetze nie das letzte Dotaljahr. Man vergleiche nur *L. 7. D. Soluto matrim.* und *L. un. §. 9. C. de rei ux. act.* Das impensum *in praesentis anni fructum*, wird hier einer solchen erogatio entgegengesetzt, quae non fuit *ad praesens tempus* tantum apta, sed *ad perpetuam utilitatem* agri pertinet. Ist von den Früchten des letzten Jahres die Rede, welche unter die Ehegatten nach dem Verhältniß der Zeit, da die Ehe gedauert hat, vertheilt werden, so zieht der Mann verhältnißmäßig die darauf verwandten Kosten ab, das Uebrige wird getheilt. *L. 7. pr. D. Soluto matrim.*

20) *L. 13. D. h. t.*

2) Nothwendige Verwendungen hingegen, welche ausserordentliche sind, das heißt, welche nicht zu den gewöhnlichen und regelmäßigen gehören, und auch an sich nicht unbedeutend sind, vermindern die dos ipso iure. Auch darüber belehrt uns die angeführte Stelle des Neratius. Die hierher gehörigen Worte lauten folgendermassen:

Quod dicitur, *impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere,* ita interpretandum est, ut si quid *extra tutelam necessariam* in res dotales impensum est, id (*est*) in ea causa sit [38]).

Verbinden wir diese Worte mit den folgenden: nam tueri res dotales vir suo sumtu debet, welche schon bey Nr. 1. angeführt worden sind; so unterscheidet hier Neratius dasjenige, was *extra tutelam necessariam* auf die Dotalsachen verwendet worden ist, von den Ver-

38) Daß das hier nach der florentinischen Lesart eingeschlossene *est* eine offenbar falsche Lesart verrathe, leuchtet in die Augen. Es ist daher in der taurellischen Ausgabe eben so, wie in der gebauerischen, gezeichnet. Einige, wie *Hugo a* Porta, *Lugduni* 1572. f. und Pothier in Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. V. haben das *est* geradezu weggelassen. Andere Ausgaben, wie z. B. Baupoza, Merlin, und Beck, *Lipsiae* 1825. 8. lesen *id non* statt est. Dieser Lesart giebt Brenkman den Vorzug. Noch andere, wie Haloander und Mirabus, lesen id *demum*. Best cit. Diss. Cap. 1. pag. 198. verwandelt das est in *et*, wenn man nicht etwa für id est, lieber *idem* lesen wolle. Man mag nun wählen, was man will, man lese nur nicht *id* non. Denn diese Lesart ist so unrichtig, wie das best.

wendungen, die zur necessaria tutela dieser Sachen gehören, und sagt, daß nur durch jene Art von Verwendungen die dos vermindert werde. Es erhellet also hieraus, daß die Lesart: id *non* in ea causa sit, offenbar unrichtig sey. Daher ist auch die Erklärung der Glosse sichtbar falsch, wenn sie unter den impensae, die *extra tutelam necessariam* auf die Dotalsachen verwendet worden sind, nur die ganz gewöhnlichen, laufenden, und minder bedeutenden Verwendungen versteht, welche keinen immerwährenden Nutzen für die Dotalsachen haben [39]). Denn Neratius will uns ja hier lehren, wie die Regel zu verstehen sey: *Impensas; quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere.* Nach der Erklärung der Glosse würde aber dieser Jurist die Regel über das, was die dos ipso iure vermindert, dadurch erklärt haben, daß er in einzelnen Beyspielen solche impensae angiebt, welche die dos nicht vermindern. Hieße das nicht, den Leser täuschen, der eine gerade und bestimmte Erklärung dieser Regel erwartet? Daß aber die Wörte: *si quid extra tutelam necessariam in res dotales im-*

39) Ihre Worte sind: Haec L. vult determinare illud, quod dictum est, quod necessariae impensae minuunt dotem, et dicit, quod si aliquid impensum est per maritum *extra tutelam necessariam rerum dotalium*, et non ad perpetuam earum utilitatem: illa impensa *non* minuit dotem: puta, quia dotalibus mancipiis dedit alimenta, vel fecit adaptari parietem in domo dotali, ut nix non veniret: et fecit aptari agrum dotalem. Quamvis enim ista et similia necessaria fiant, tamen non pertinent ad perpetuam utilitatem rerum dotalium, ideo dotem non minuunt, et res dotales earum fructibus dictas impensas reficiunt marito, id est, compensantur cum fructibus.

*pensum est*, wirklich von einem solchen nothwendigen Aufwande zu verstehen sind, der nicht zu den gewöhnlichen und regelmäßigen gehört, und welches gerade diejenigen impensae sind, wodurch die dos ipso iure vermindert wird, setzen vollends die Basiliken [40]) ausser allen Zweifel. Da heißt es nun ausdrücklich:

Τότε ἀναγκαῖα μειοῦσι τὴν προῖκα, ὅτε ἔξωθεν τῆς ἀναγκαίας φυλακῆς τῆς προικός εἰς αὐτὴν δαπανηθῇ. i. e. *Tunc necessariae impensae dotem deminuunt, cum extra tutelam necessariam dotis in eam factae sunt.*

Daß folglich die Lesart: id *non* in ea causa sit, welcher Brenkmann den Vorzug giebt, gerade die unrichtigste unter allen ist, beweist noch mehr die griechische Uebersetzung unserer Pandecten-Stelle in den Scholien [41]):

Τὸ λεγόμενον ὅτι τὰ δαπανώμενα περὶ τὰ προικιμιαῖα πράγματα κατὰ τὸ ἀναγκαῖον μειοῖ καὶ δαπανᾷ τὴν προῖκα, οὕτως ἑρμηνεύσιν χρὴ, ἵνα ἔξωθεν τῆς ἀναγκαίας παραφυλακῆς τῶν πραγμάτων δαπανήσῃ τινα ὁ ἀνὴρ, τότε τοῖς δαπανήμασι μειοῦται ἡ προῖξ. i. e. *Quod dicitur, impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem minuere et absumere, sic interpretandum est, ut si quid extra tutelam rerum necessariam maritus impenderit,* TUNC IMPENSIS DOS MINUATUR.

Es ist also ganz entschieden, daß die Worte: *si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est*, von ausserordentlichen Verwendungen zu verstehen sind. Davon versteht nun zwar diese Stelle auch

40) Tom IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. XV. pag. 419.
41) Tom. IV. pag. 422. Sch. n.

Best [42]). Er erklärt die Worte: *extra tutelam necessariam*, so: supra quam res illae ad sui conservationem, et ut maneant, quae sunt, modice requirunt. Dies beweist auch der Nachsatz: *nam tueri res dotales vir suo sumtu debet.* Und eben dieses beweisen ferner die vom Neratius angeführten Beyspiele. Wenn er sich nun aber unter den nothwendigen Verwendungen, die das Heyrathsgut vermindern, blos diejenigen denkt, welche der Ehemann machte, um eine bey der Uebergabe in einem schlechten Zustande gewesene Dotalsache wieder herzustellen und zu verbessern; wenn Er ferner den Grund, warum der Mann die Kosten, welche er auf die Dotalsachen verwendet hat, um sie in dem Zustande zu erhalten, in welchem sie ihm übergeben wurden, nicht ersetzt verlangen kann, in einem stillschweigenden Vertrage setzt, welcher aber bey jenen ausserordentlichen Verwendungen nicht angenommen werden könne; so sind dieß Ansichten, welche den Gesetzen ganz fremd sind [43]). Die Beyspiele, welche die Gesetze von solchen ausserordentlichen Verwendungen anführen, die den Brautschatz vermindern, sind, wenn der Mann, um das Dotalgrundstück gegen die Gewalt der Wasserfluth oder des stürmischen Meeres zu schützen, Deiche und Dämme gründete [44]), oder eine nach Beschaffenheit des Grundstücks nothwendige Mühle (pistrinum) oder ein nöthiges Vorrathsgebäude (horreum) anlegte [45]), oder ein verfallenes

42) Diss. cit. Cap. 1. pag. 198 sq.

43) S. Balett angef. Abhandlung §. 7. S. 19.

44) *L.* 1. §. 3. *L.* 14. *D. h. t.*

45) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* Zwar wird die Anlegung eines pistrini und horrei in *L.* 6. *D. h. t.* und *L.* 79. §. 1. *D.*

Gebäude[46]), oder einen durch Sturm verwüsteten Weinberg wieder herstellte; oder wenn Er wegen der cautio damni infecti, welche er leisten mußte, um die missio ex secundo decreto abzuwenden, noch ehe die Caution in Wirksamkeit trat, den Nachbar mit Gelde abgefunden hat[47]). Ferner was der Mann für Erziehung, für Kur kranker Sklaven, sofern die Kosten bedeutend waren, oder für deren Loßkaufung von Seeräubern verwendet hat[48]). Was er hingegen blos an den Unterricht der Sklaven gewendet hat, um sie zum Dienst geschickt zu machen, kann der Mann der Frau nicht anrechnen. Denn dafür hat er ja dieselben zu seinem Dienst gebraucht[49]). Hat er ferner die nöthigen Plätze zur Anlegung eines Weinberges, oder einer Baumschule urbar machen lassen (pastina instituere[50]), oder Seminaria, oder sonst neue nöthige

*de Verbor. Signif.* als eine blos nützliche Verwendung angegeben. Allein der Widerspruch verschwindet, wenn man bemerkt, daß Ulpian in der angeführten *L.* 1. §. 3. von einem pistrinum vel horreum *necessario* factum spricht, bey Paulus aber in den angeführten Stellen das gebrauchte Wort *adjicere*, auf ein nicht nothwendiges pistrinum oder horreum zu deuten scheint. Daher sagt auch Paulus *L.* 79. §. 1. *D. de V. S.* In his impensis sc. utilibus et *pistrinum* et *horreum*, insulae dotali adjectum, *plerumque* dicemus. S. Voorda Thes. controv. Dec. XIII. §. 10.

46) *L.* 1. §. 3. *D. h. t. L.* 7. §. 16. *D. Soluto matrim.*

47) *L.* 1. §. 3. *h. t.*

48) *L.* 28. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 21. *D. Soluto matrimon. L.* 2. *D. h. t. L.* 12. *D. eodem.*

49) *L.* 28. §. 1. *D. de donat. int. vir. et uxor.*

50) Man sehe die Note 33.

Gebäude angelegt, so sind dieß nothwendige Verwendungen, welche die dos vermindern [51]).

Die nothwendigen Verwendungen, welche die dos vermindern, müssen also 1) der Sache einen bleibenden Nutzen gewähren, und 2) nicht unbedeutend seyn. Die erste Eigenschaft bezeichnet Ulpian, wenn er *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* die allgemeine Regel giebt:

Quae *ad perpetuam utilitatem agri*, et *non ad praesens tantum tempus* facta est erogatio, necessariis impensis computandum.

Die andere giebt Paulus an, wenn er *libro VII. ad Sabinum* [52]) sagt:

Omnino et in aedificandis aedibus, et in reponendis propagandisque vineis, et in valetudine mancipiorum, *modicas impensas* non debet arbiter curare: alioquin negotiorum gestorum potius, quam de dote iudicium videbitur.

Hieraus erklärt sich auch, wenn Neratius noch in den letzten Worten der oben angeführten Stelle [53]) sagt:

Quae autem impendia, secundum eam distinctionem, ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula *ex genere et magnitudine impendiorum* aestimari possunt.

Die Gesetze sagen nun von diesen außerordentlichen nothwendigen Verwendungen, *quod ipso*

51) *L.* 3. *pr. D. h. t. L.* 7. §. 10. *D. Sol. matrim.*

52) *L.* 12. *D. h. t.*

53) *L.* 15. *in fin. D. h. t.*

*iure dotem minuant* [54]). Unter den hier in der Note angeführten Stellen ist unstreitig eine der wichtigsten §. 37. *I. de act.* welche so lautet.

Item si de dote mulier in iudicio agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates eius, in solidum damnatur, si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur: nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, *quia ipso iure necessariis sumtibus dos minuitur*, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet [55]).

Es kommt nun also noch auf die Frage an, was das heiße, wenn die Gesetze sagen: Impensae necessariae ipso iure dotem minuunt? Anton Me-

54) *L.* 61. *D. de ritu nupt. L.* 56. §. 3. *D. de iure dot. L.* 1. §. 2. *L.* 5. *pr. L.* 15. *D. h. t. L.* 5. §. 2. *D. de pactis dotal. L.* 1. §. 4. *L.* 5. *D. de dote praelegata.* §. 37. *I. de actionibus. L. un.* §. 5. *C.* de rei uxoriae act. S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XXIII. cap. 12. *Guil.* Best Diss. cit. exhibens Conjecturas quasd. ex iure civ. Cap. I. in Oelrichs Thes. Vol. I. Tom. I. pag. 200. *Ant.* Merenda Controversiae iuris. Tom. I. Lib. III. Cap. 3. (*Bruxell.* 1745. f.) *Greg.* Majansii Diss. cit. de impensis in res dotales factis. §. 5 — §. 12. und Balett angef. Abhandlung. §. 14. ff. S. 26 — 48.

55) Ich bin hier der neuesten Ausgabe meines verehrten Collegen, des Herrn Hofraths Bucher, Erlangen 1826. 8. gefolgt, welche unter den neuern wohl unstreitig die vorzüglichste ist.

renda[56]) hält die Auflösung dieser Frage für eine der schwierigsten. Die vorzüglichsten Gesetzstellen, welche hier zur Erläuterung dienen, sind folgende.

*L. 5. pr. D. h. t.* Ulpianus *Libro XXXVI. ad Sabinum.* Quod dicitur, *necessarias impensas dotem minuere*, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res *corporaliter* deminuantur, utputa fundus, vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam: *ceterum*[57]) haec res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem eius: manebit igitur maritus in rerum detentatione[58]), donec ei satisfiat: *non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio.* Ubi ergo ad-

56) Cit. loc.

57) *Ceterum* steht hier für alioquin, wie es auch Pothier in Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VI. not. d. ganz richtig verstanden hat. Eine Bedeutung, die in Ulpians Fragmenten sehr gewöhnlich ist. S. *L.* 2. §. 1. *L.* 22. §. 1. *L.* 29. *pr. L.* 64. §. 5. *D. Soluto matrim. L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. h. t. L.* 5. *pr. D. eodem. L.* 1. §. 14. *L.* 3. §. 6. *L.* 5. §. 8. *et* §. 19. *D. de agnoscend. et alend. liber. L.* 1. §. 8. *D. de inspiciendo vent.* S. *Christfr.* Waechter Opusc. iuridico-philolog. (collecta a Trotz *Traj. ad Rhen.* 1733. 8.) pag. 385. Der griechische Scholiast in *Basilic.* Tom. IV. pag. 420. Schol. c. übersetzt es durch ἄλλως.

58) Die florentinische Lesart detentationem erklärt Brenkman in dem Gebauer. Corp. iuris civ. für fehlerhaft. Die neueste Ausgabe von Beck liest in rerum *detentione.* Eben so Baudoza. Doch findet man das Wort *detentatio* auch *L.* 15. §. *ult. D. Ex quib. caus. maior.*

mittimus deminutionem dotis *ipso iure* fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, *ipso iure* dos deminuetur per impensas necessarias.

§. 1. Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat, an vero dicimus, ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito, dotem videri crevisse.

Ulpian zeigt uns also hier zuförderst auf das deutlichste, daß der Satz: *necessarias impensas dotem minuere*, keinesweges so zu verstehen sey, als ob die körperlichen Dotalsachen selbst, z. B. das Dotalgrundstück, dadurch verringert werden. Er giebt hiervon zwey Gründe an. Erstens wäre es ja absurd, d. i. höchst unjuristisch, (der griechische Scholiast [59]) sagt μωρόν, dumm, einfältig) gegen eine species mit einer Forderung auf Geld compensiren zu wollen. Diese Absurdität würde man aber begehen, wenn man es dem Manne erlauben wollte, wegen gemachter Verwendungen ein Stück vom Dotalgute behalten zu dürfen. Dann zweytens würde ja dadurch auch der fundus dotalis ganz oder zum Theil aufhören dotal zu seyn. Ulpian scheint damit andeuten zu wollen, daß man auch sogar dem Veräußerungsverbote des fundus dotalis zuwider handeln würde, wenn dieser durch gemachte Verwendungen vermindert werden dürfte. In einem solchen Falle also, wo die dos in körperlichen Sachen besteht, welche in Natur zurückgegeben werden müssen, soll dem Manne nur dadurch zu dem Seinigen wieder verholfen werden, daß er solange in dem Besitz der Dotalsachen

59) Sch. c. *Basilic.* Tom. IV. pag. 420.

bleiben darf, bis er seine Bezahlung erhalten hat. Dieß ist es auch, wenn Justinian in der oben angeführten Stelle aus den Institutionen sagt: ob impensas in res dotales factas marito *retentio* concessa est.

Wenn nun aber Ulpian weiter sagt: *non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio;* so entsteht die Frage, was hier unter *dos* verstanden werde, wenn nur diese es seyn soll, welche durch die nothwendigen Impensen verringert wird?

Die Glosse versteht darunter *universitas* dotis, quantum ad effectum, quia ex illa satisfiet, et sic potest dici, quod propter necessarias impensas, cum solus fundus inaestimatus datus est in dotem, dos ipso iure minuitur. Non tamen ipse fundus dotalis minuitur: nam *dos* est *nomen iuris*, id est, ipsum ius, quod est in dote.

Diese Ansicht theilt Valett[60]. Er sagt, die Dos, als solche, ist ein juristischer Begriff, sie existirt also, als solche, nicht körperlich. Was aber blos als Begriff besteht, kann auch im Begriffe, d. h. durch einen bloßen Act des Denkens verändert und vermindert werden; oder mit andern Worten, was bloß *in iure* existirt, das kann auch *ipso iure*, d. h. durch einen Act juristischen Denkens, juristischer Argumentation, vermindert werden. Besser noch, meint er, könne man sich die Sache auch so vorstellen. Die dos, auch wenn sie nur in einer einzelnen Sache besteht, muß immer als ein besonders Vermögen, als eine *universitatis iuris* betrachtet werden, welche auch die Schulden in sich aufnimmt, und also

60) Angef. Abh. §. 14. S. 27.

natürlich durch sie vermindert wird, bloß im Begriffe, ohne daß ihr schon wirklich etwas entzogen wäre.

Dieselbe Ansicht haben auch Pothier [61]) und Westphal [62]) zu der ihrigen gemacht.

Nun ist zwar dos allerdings ein von Grund aus juristischer Begriff, da es sich auf mancherley Art denken läßt, daß eine Frau aus ihrem Vermögen zu den Lasten der Ehe beyträgt, und wird die dos auch gleich als Theil des Vermögens des Mannes angesehen, so ist sie doch in Hinsicht der künftigen Restitution von Gesetz besonders garantirt. Man kann sich daher in dieser umfassenden Beziehung diesen Theil seines Vermögens, als ein Ganzes für sich, denken, das sein eignes Recht hat, und also in dieser Hinsicht eine universitas ist. Die dos wird auch wirklich in unsern Gesetzen einmal so genennt, und gerade da, wo von impensis necessariis die Rede ist. Dieß ist die Stelle Ulpians aus dessen *libro XIX. ad Sabinum, L. 1. §. 4. D. de dote praelegata*, worauf sich alle berufen. Sie lautet so:

Impensae autem ipso iure dotem minuunt: sed quod diximus *ipso iure dotem impensis minui*, non ad singula corpora, sed ad *universitatem* erit referendum.

Allein diese *universitas* ist keine universitas iuris, welche, so wie hereditas, oder peculium, non singulas res demonstrat [63]), das succedit pretium in

61) Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VI. not. f. pag. 76.

62) System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß-Arten. §. 315. S. 211.

63) *L.* 208. *D. de Verbor. Signif.* S. den 6. Th. dieses Commentars §. 537. S. 540. ff.

locum rei etc. enthält [64]), und augmentum *ipso iure* recipit et deminutionem [65]), — *crescit* et *decrescit* [66]). Nein, die dos ist nur eine universitas, wie es auch ein fundus, ein aedificium seyn kann [67]), nämlich relativ, nicht absolut [68]). Die einzelnen Sachen kommen hier immer nur als Einzelnheiten in Betrachtung, wenn auch die dos das ganze Vermögen der Frau in sich begreiffen sollte [69]). Daher bekommen auch selbst in diesem Falle die Gläubiger keine Forderung gegen den Mann, so wie auch Er gegen sie nicht, wenn nicht die einzelnen Obligationes cedirt, oder durch Delegation übermacht worden sind [70]). Wenn also Ulpian in der oben angeführten *L.* 1. §. 4. *D de dote praelegata* sagt: Quod diximus ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad *universitatem* erit referendum; so bedeutet hier dieser Ausdruck nichts mehr, als wenn Justinian in der *L. un.* §. 6.

64) *L.* 26. *L.* 32. *L.* 54. *D. de iure dot.* geben keinen Beweis dafür. Sie handeln von einer simpeln permutatio dotis nach Vereinbarung der Ehegatten. S. den 8. Th. dieses Commentars §. 585. S. 167. ff.

65) *L.* 20. §. 3. *D. de heredit. petit.* S. den 6. Th. §. 539.

66) *L.* 33. *L.* 34. *L.* 40. *D. de peculio.* S. den 14. Th. §. 905. S. 356.

67) S. z. B. *L.* 23. *pr. D.* de *usurpat.* et *usucap.* *L.* 2. §. 6. *D. Pro emtore.* *L.* 8. *D. Quod vi aut clam.*

68) Man vergleiche hier die treffliche Abhandlung von Hasse über Universitas iuris und rerum; (in dem Archiv für die civilist. Praxis. 5. B. Nr. I. S. 16 f.)

69) *L.* 1. §. 1. *D. Pro dote.* *L.* 4. *Cod. de iure dot.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. Kap. VIII. §. 109.

70) *L.* 72. *pr. D. de iure dotium.*

*Cod. de rei uxor. act.* sagt: Necessariae expensae dotis minuunt *quantitatem*. Denn besteht die dos in Gelde, oder ist sie auf Geldeswerth durch Schätzung reducirt, so wird sie als eine Summe angesehen, welche durch die Verwendungen allerdings verkleinert wird. Daß dieses wirklich Ulpians Meinung sey, sagt er uns selbst, in der zunächst folgenden *L. 2. pr. D. de dote praeleg.* welche aus desselben *libro V. Disputationum*, genommen ist: Quod si necessariae fuerunt impensae, *quae ipso iure dotem minuunt*, amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est, oportere dici, etiam eam *quantitatem* posse fideicommissum erogare, *quae ipso iure dotem minuit.*

Und so klärt sich denn nun auf, wenn in unserer Gesetzstelle Ulpian sagt: non enim *ipso iure* corporum, sed *dotis* [71]) *fit deminutio.* Dieß erscheint aber noch deutlicher aus den nachfolgenden Worten.

71) *Ant.* Merenda Controvers. iuris Lib. III. Cap. 3. §. 20. versteht die deminutio dotis von der actio de dote uxori competens. Da nun aber diese Klage nicht vermindert wird, wenn die dos blos in körperlichen Sachen besteht, so folge daraus, daß auch durch die Impensen die dos nicht vermindert werde, wenn der Gegenstand desselben blos körperliche Sachen sind. Wenn also Ulpian sagt *L. 1. §. 4. D. de dote praeleg.* die Verminderung der dos beziehe sich nicht auf die singula corpora, sondern auf die universitas; so müsse diese *universitas* erklärt werden, von der actio de dote der Ehefrau. Diese habe auch Ulpian mit Recht eine Universitas nennen können, wenn die dos im Gelde und zugleich in körperlichen Sachen besteht.

Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? *Ubi non sunt corpora, sed pecunia:* nam in pecunia *ratio* admittit deminutionem fieri.

Nun erſt, nachdem Ulpian zuvor gezeigt hatte, wie das nicht zu nehmen ſey, wenn man ſagt: *necessarias impensas dotem minuere*; nun erſt beſtimmt er näher, in welchem Falle dieſer Satz wahr ſey. Er giebt die Regel: nur in ſolchen Fällen erleidet die *dos* eine Verminderung *ipso iure*, wo nicht *species in dotem datae* ſelbſt zurückgegeben werden müſſen, ſondern wo das Heyrathsgut in Gelde beſteht, und alſo nur der Quantität nach reſtituirt wird.

In den Baſiliken [72]) wird dieſer Satz ganz kurz ſo ausgedrückt. *εἰ δὲ χρήματα ἦσαν ἐν τῇ προικὶ μειοῦνται.* i. e. *Quodsi pecunia in dote fuit, deminuitur.* Beſteht nun aber die dos in Gelde, ſo bringt es ſchon die Regel des gemeinen Rechts mit ſich, daß durch die nothwendigen Verwendungen die dos ipso iure vermindert werde. Denn da nun Forderung und Gegenforderung generiſch ſind, und beyde in einer Quantität gleicher Art beſtehen, ſo findet eine Compenſation Statt, welche bekanntlich ipso iure geſchieht [73]). So

72) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 5. pag. 417. Der griechiſche Scholiaſt pag. 420. Schol. c. hat ſich treuer an unſern Text gehalten: *τότε δὲ τῆς προικὸς τὴν μείωσιν κυρῶ τῷ νόμῳ δεχόμεθα γενέσθαι, ὅτε χρήματα ἦσαν ἐν τῇ προικὶ, οὐ μὴν πράγματα.* i. e. *Tunc autem admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri, cum in dote pecunia est, non corpora.*

73) *L. 4. L. 10. pr. D. L. 4. L. ult. C. de compensat.* S. Hummel's Berichtigung der gewöhnlichen Theorie

löst sich das Räthsel sehr natürlich auf, ohne daß man nöthig hat, zu jener Hypothese seine Zuflucht zu nehmen, als ob die dos eine universitas iuris sey. Man hätte nur das Wörtchen *ratio*, mehr ins Auge fassen sollen, welches den Schlüssel zur ganzen Aufklärung enthält. Ulpian sagt: nam in pecunia *ratio* admittit deminutionem fieri. Das Wort *ratio* wird hier in eben der Bedeutung genommen, in welcher es von Paulus [74]) gebraucht wird, wenn er sagt: Jus singulare est, quod *contra tenorem rationis* introductum est, gleichbedeutend mit dem Ausdruck *ratio iuris*, welchen uns Julian [75]) erklärt, wenn er sagt: In his, quae contra *rationem iuris* constituta sunt, non possumus sequi *regulam iuris*. Unter dem Worte *ratio* ist also hier nichts anders, als das Recht selbst, und dessen Grundsätze, oder die Regel des gemeinen Rechts zu verstehen [76]).

über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben. (Giessen 1804.) §. 13.

74) *L.* 16. *D. de Legibus.*

75) *L.* 15. *D. eodem.*

76) S. *Franc. Car.* Conradi Disp. ad Julii Pauli ex libro sing. de iure singulari Reliqua. *Lipsiae* 1728. Fragm. I. §. 5. und Gottl. Hufeland's Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band Nr. II. §. 3. S. 23. f. Ganz unrichtig erklärt das Wort *ratio* durch mens Majansius in Disput. de impensis in res dotales factis. §. 6. pag. 429. so wie es Terenz gebraucht haben soll, wenn er sagt: *mea sic est* ratio, *sic animum induco meum.* Ulpian wolle also so viel sagen, intellectum, qui possit conficere summas, posse illas minuere detractis numeris. *Ratio* heißt auch bey Terenz nicht einmal Verstand, sondern vielmehr Maxime, Handlungsweise. Andere Aus-

Wenn also gesagt wird: deminutio dotis *ipso iure* fit; so wird hier der Ausdruck ipso iure in eben der Bedeutung genommen, in welcher die Gesetze sagen: compensatio fit *ipso iure*. Nämlich die Verminderung der dos durch die darauf verwendeten nothwendigen Unkosten geschieht nach dem Gesetz von selbst, so wie die Compensation von selbst eintritt, ohne daß noch eine gegenseitige Willenserklärung dazu erfordert wird [77]). Hieraus läßt sich nun auch beurtheilen, was von der Conjectur des großen Anton Faber's [78]) zu halten sey, wenn er für ipso iure vielmehr *ipsa in re* gelesen wissen will. Er konnte nicht begreiffen, wie Ulpian darauf komme, noch eine Frage aufzuwerfen, die er doch schon in den vorhergehenden Worten beantwortet hatte. Der Ungrund der ganzen Faberschen Erklärung zeigt sich nun aber von selbst, und ist auch schon von Wilhelm Best [79]) hinlänglich dargestellt worden.

Da die Wirkung der Compensation sogleich mit Existenz der gegenseitigen Forderung eintritt, und nicht erst da anfängt zu wirken, wo die Partheyen erklären, daß sie compensiren wollen; so folgt, daß die Verminderung der dos schon in dem Augenblick geschieht, da die Gegenforderung des Mannes durch die gemachte Verwendung entstand. Von diesem Moment an hat also nun die Frau

leger unserer Gesetzstelle haben von dem Wort *ratio* gar keine Notiz genomme

77) S. Hummel angef. Berichtigung. §. 6. S. 109. §. 10. S. 135. f. und §. 13. S. 190.

78) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 3.

79) Diss. cit. exhib. Conjecturas quasd. ex iure civ. Cap. I. (in Oelrichs Thes. Vol. I. Tom. I. pag. 203.)

soviel weniger zu fordern, als die Verwendung beträgt, und fordert sie dereinst doch das Ganze, so setzt sie sich den Folgen einer Pluspetition aus [80]). Da nun aber eine Verminderung der dos nur dann ipso iure geschieht, wenn das Heyrathsgut der Frau in Geld besteht, weil nun erst die zu compensirenden Forderungen gleicher Art sind; so entsteht noch die Frage, wie das zu verstehen sey, wenn Ulpian sagt, ubi non sunt corpora, sed *pecunia?* Ulpian erläutert dieses durch ein Beyspiel, si *aestimata corpora* in dotem data sint. Versteht man dieß von einer solchen Aestimation, wodurch die Dotalsachen dem Manne sind käuflich überlassen worden; so wird freylich der Ehemann hier debitor quantitatis, und die Summe, das Kaufpretium ist es eigentlich, was in dote ist [81]). Es ist hier eine dos pecuniaria vorhanden, obgleich nicht so gegeben. Allein wie läßt sich hier eine Verminderung der dos durch impensas necessarias gedenken, da der Mann diese auf Sachen verwendet hat, die nicht mehr in dote, sondern sein Eigenthum geworden sind? Pothier [82]) sucht das Räthsel so aufzulösen, wenn außer den geschätzten Dotalsachen noch andere corpora dotalia inaestimata vorhanden sind, worauf impensae necessariae verwendet worden. Er versteht daher die Worte Ulpians: ubi non sunt corpora, sed pecunia so, *ubi* in dote *non sunt* tantum

80) *L.* 4. *L.* 21. *D. et L.* 4. *Cod. de Compensat.* Paulus *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 5. §. 3. und Schulting ad Eundem *in Jurispr. vet. Anteiust.* pag. 274. Not. 12.

81) *L.* 5. *et L.* 10. *Cod. de iure dot.*

82) Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. VI. Not. g. h. et i. pag. 76.

*corpora, sed* etiam *pecunia.* Einen ſolchen Fall, *si pecunia et fundus in dote sint,* et necessariae impensae in fundum factae, führt auch Paulus in der nächſt dieſer unten folgenden Geſetzſtelle an. Donellus [83]) giebt zwar einen andern Fall an, nämlich wenn ein fundus dotalis auf eine ſolche Art geſchätzt worden, daß dem Manne die Wahl vorbehalten iſt, ob er dereinſt das Grundſtück ſelbſt, oder den Werth reſtituiren wolle, welchen Fall Ulpian *L.* 10. §. 6. *D. de iure dot.* anführt; allein hier würde doch keine Deminution der dos durch Compenſation, ſondern nur eine Retention Statt finden können. Es kann indeſſen auch gleich Anfangs wirklich Geld zum Brautſchatz gegeben worden ſeyn, und eine Verminderung wegen nothwendiger Verwendungen Statt finden, wenn die Erhebung deſſelben mit bedeutenden Koſten verbunden war [84]). Zuletzt wirft Ulpian noch die Frage auf, wenn die Frau dem Manne die auf den Brautſchatz verwandten nothwendigen Koſten wieder erſetzt hat, ob die dos dadurch wachſe, oder nur die vorige dos wieder hergeſtellt werde? Ulpian trägt kein Bedenken das Erſte zu behaupten, wenn Geld zur dos gehört. Hier fragt ſich's aber, was die Ausdrücke bedeuten: *dos crescit,* und *dos ex integro videtur?* Der griechiſche Scholiaſt [85]) erklärt dieſelben auf folgende Art. *Dos crescit,* (ἡ προῖξ ἀύξει) si secunda et nova dos constitui videtur, (ἐαν καινὴ δευτέρα δοχεῖ συνίστασθαι ἡ προῖξ). *Dos ex integro videtur,* si dos vetus renovatur, et ipsa rursus ex integro restituitur, (δο-

83) Commentar. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 8. §. 7. Vol. VIII. edit. *Norimb.* pag. 239.

84) S. Valett angef. Abh. §. 20. S. 35.

85) *Basilic.* Tom. IV. pag. 420. Sch. c.

κεῖ ἀνανεώσασθαι παλαιὰ, καὶ αὐτὴ πάλιν εἰς ἀκέραιον ἀποκαθίστασθαι). Unter den Auslegern unserer Gesetzstelle ist es blos Hugo Donellus [86]), der den Sinn derselben richtig getroffen hat. Er sagt nämlich: Sin pecunia in dotem data esset una cum fundo, aut fundus in dotem aestimatus, quem marito liceret restituere, aut aestimationem, hic ipso iure fieret deminutio per compensationem, usque adeo, ut, *si postea mulier necessariis impensis satisfaceret, videretur non dos eadem mansisse, quae prius erat, sed dos, quae vere erat imminuta*, crevisse, *ut nova esse inciperet.*

Zu mehrerer Bestärkung der Richtigkeit dieser Erklärung, will ich hier noch eine andere Stelle aus den griechischen Scholien der Basiliken hinzufügen. Der griechische Scholiast erklärt darin die letzten Worte unsers Ulpians folgendermassen:

Ισθι ὅτε νομίσματα ἐστιν ἐν προικὶ, κἂν καταβληθῇ τὰ ὑπὸ τοῦ ἀνδρὸς γενόμενα δαπανήματα, οὐκ ἀνανεοῦται ἡ πρότερον ἐπιδοθεῖσα προῖξ. ἀλλ' αὐξάνεται, τουτέστι καινὴ προῖξ τίκτεσθαι, ἤτοι ἐπιδίδοσθαι δοκει. i. e. *Sciendum est, cum pecunia in dote est, etiam si solutae fuerint impensae in dotem factae, non renovari dotem, quae prius data fuit: sed augetur, id est,* NOVA DOS CRESCERE, *vel* DARI *videtur.*

Ganz unrichtig ist daher die Erklärung von Valett [87]), wenn er sagt: ist mit einem fundus zugleich Geld eingebracht, und nothwendige Verwendungen auf den fundus

86) Commentar. de iure civ. c. I.
87) Angef. Abh. §. 26. S. 44.

gemacht sind, so wird dadurch blos das Geld vermindert. Bezahlt aber die Frau die Verwendungen, so wächst die dos wieder, und bleibt also ganz dieselbe. Richtiger sagt Majansius [88]: Igitur cum impensae restituentur, CRESCET DOS, *non manebit eadem, quae ante restitutionem erat.* Die folgende Stelle aus Paulus wird noch mehr Gelegenheit geben davon zu reden.

Eine nicht minder wichtige Stelle ist die

*L.* 56. §. 3. *D. de iure dotium.* PAULUS *libro VI. ad Plautium.* Quod dicitur, necessarias impensas *ipso* [89] *iure* dotem minuere; non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit [90]) per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, SCAEVOLA noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, NERVA ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est, secundum SCAEVOLAE nostri sententiam. Nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? an

88) Disputat. cit. §. 6. in fin. pag. 429.

89) Die Gebauer. Ausgabe liest hier unrichtig *ipse* iure.

90) Statt sit steht in der Geb. Ausgabe ganz unrichtig *fit.*

iam pecunia in dote esse videbitur? Et [91]) magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed [92]) interim alienatio fundi inhibeatur.

Man hat geglaubt, dieſes Fragment ſtehe mit der vorigen Stelle des Ulpians im Widerſpruch. Der Widerſpruch ſoll darin liegen, daß Ulpian geſagt habe, der fundus höre, wegen der darauf gemachten nothwendigen Verwendungen, auf, ganz oder zum Theil dotal zu ſeyn; dieſes verneine nun aber hier Paulus ausdrücklich.

Schon die Gloſſe machte mehrere Verſuche, dieſe beyden Stellen zu vereinigen, welche aber der Mühe, ſie hier anzuführen, nicht werth ſind.

Anton Faber [93]) und Anton Merenda [94]) haben den vermeintlichen Widerſpruch auf die Art zu heben geſucht, daß ſie ſagen, man müſſe den verſchiedenen Geſichtspunct beyder Rechtsgelehrten unterſcheiden. Wenn Ulpian ſagt, der fundus oder ein Theil deſſelben höre auf dotal zu ſeyn, ſo habe er damit nur ſoviel ſagen wollen, daß quoad effectum restitutionis der fundus in ſofern aufhöre dotal zu ſeyn, daß der Mann ihn wegen nothwendiger Verwendungen ſo lange retiniren könne, bis er durch Erſatz derſelben befriedigt worden iſt. Dieß läugne nun auch Paulus nicht, wenn er nun aber dennoch behauptet, der fundus höre auch wegen ſolcher Ver-

91) Die neueſte Ausgabe des Corp. I. C. von Beck lieſt *Sed* ſtatt et. Eben ſo Haloander. Die meiſten Ausgaben aber haben die florentiniſche Lesart.

92) Beck et ſtatt sed, wie Haloander.

93) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2. sq.

94) Controversiar. iuris Lib. III. cap. 3. §. 8.

wendungen nicht auf, aliqua ex parte dotal zu seyn, so betrachte er die Sache simpliciter, wie sie an sich ist. Denn freylich könne sich der Mann den fundus dotalis nicht für die gemachten Verwendungen velut compensationis iure zueignen. Und so hätten beyde Recht.

Nicht sehr verschieden davon ist die Ansicht von Best[95]). Vollkommen wahr, sagt er, behaupte Ulpian: *fundum ob impensas necessarias desinere esse dotalem, vel partem eius*, nämlich insofern, daß die Frau den fundus nicht eher zurückfordern könne, als bis sie dem Manne die Kosten ersetzt habe. Dieser Sinn ergebe sich ganz deutlich aus den nachfolgenden Worten: *manebit ergo maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat.* Eben so wahr sey es aber auch, wenn Paulus sagt: *fundus non desinit aliqua ex parte dotalis esse*; nur in einer andern Beziehung. Er wolle nämlich damit anzeigen, daß der Mann den fundus dotalis nicht wegen nothwendiger auf ihn gemachter Verwendungen veräussern dürfe. So habe sich Paulus selbst erklärt in den nachfolgenden Worten: *nam si desinit dotalis esse, poterit alienari.*

Gregorius Majansius[96]) sucht den Ulpian und Paulus auf folgende Art zu vereinigen. Er versteht nämlich Ulpians Worte: *Ceterum haec res* (impendisse scilicet pecuniam) *faciet desinere esse fundum dotalem*, von dem Falle, wenn die Verwendungen dem Werth des fundus gleichen, hier höre der fundus ganz auf dotal zu seyn, wenn aber nicht soviel aufgewandt ist, als der Werth des fundus beträgt, so höre nur ein

95) Cit. loc. pag. 201. sq.

96) Disputat. cit. §. 6 et 7. pag. 428. sqq.

Theil des fundus auf dos zu seyn, (*vel partem eius*). Das Aufhören bestehe aber überall nur im Begriff, nämlich der fundus höre nur insofern auf dos zu seyn, daß dem Manne ein bloßes Retentionsrecht zusteht, bis ihm die Verwendungen erstattet worden sind.

Schade um die Mühe, einen Widerspruch zu heben, der gar nicht existirt, wenn man nur das Wort *ceterum*, in seiner rechten Bedeutung nimmt, in welcher es hier Ulpian gebraucht hat, nämlich für alioquin. Offenbar hat man dem Ulpian ganz falsch verstanden, wenn man seinen Worten: *Ceterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem eius*, den Sinn beygelegt hat, als ob er das Gegentheil von dem behauptet habe, was Paulus hier lehrt. Die wahre Meinung des Ulpians geht vielmehr dahin, durch nothwendige Verwendungen kann die dos, sofern sie in körperlichen Sachen besteht, durchaus keine Verminderung erleiden; sonst (ceterum) würde ja der nothwendige Aufwand, wenn er eine Verminderung körperlicher Dotalsachen bewirken sollte, machen, daß entweder der ganze *fundus dotalis*, oder ein Theil desselben aufhörte, *dos* zu seyn. Sehr richtig sagt daher Julius Pacius [96]), was auch schon vor ihm Goveanus [97]) bemerkt hatte: Nec contradicit Ulpianus Paulo, dummodo *ceterum* accipiatur pro *alioqui*, ut sit nota absurdi, quod consequeretur, si diceremus, corpus dotale deminui [98]).

96) Εναντιοφανῶν seu Legg. conciliatar. Centur. IX. Quaest. 4. pag. 655. (*Colon.* 1661. 8.)

97) Variar. Lection. Lib. I. Cap. 1. in fin.

98) Man vergleiche hier die Note 57. S. 397. wo gezeigt worden, daß auch schon der griechische Scholiast in

Uebrigens erhellet aus der Stelle des Paulus so viel, daß man den Satz, *necessariae impensae ipso iure dotem minuunt*, auch so nehmen kann, der nothwendige Aufwand berechtige, die Dotalsachen, worauf die Kosten verwendet worden sind, so lange zu retiniren, bis die Forderung bezahlt worden ist, wie dieses auch die oben angeführte Stelle der Institutionen bestärckt [99]). Der griechische Scholiast der Basiliken [100]) hat dieses noch bestimmter ausgedruckt, wenn er sagt:

Ἀλλὰ τὸ εἰρημένον, ὅτι τὰ νεκεσσάρια δαπανήματα κατὰ τὸ ipso iure μειοῦσι τὴν προῖκα, πρὸς τοῦτο ὁρᾷ, ἵνα ἐὰν μὴ ἀποδίδοται τὰ νεκεσσάρια δαπανήματα παρακατασχεθῇ μέρος τοῦ ἀγροῦ, ἢ καὶ πᾶς ὁ ἀγρὸς. i. e. *Sed quod dicitur necessarias impensas* IPSO IURE *dotem minuere, eo spectat, ut nisi reddantur impensae necessariae, retineatur pars fundi, aut totus fundus.*

Paulus nimmt es also hier als eine entschiedene Wahrheit an, daß wenn der Brautschatz in einem fundus besteht, welcher nach erfolgter Trennung der Ehe restituirt werden soll, dieser, selbst wegen nothwendiger Verwendungen, nicht aufhöre dotal zu seyn. Nun führt aber Paulus eine Meinung des Scävola an, nach welcher eine Ausnahme Statt finden soll. Er sagt nämlich:

den Basiliken die Stelle Ulpians nicht anders verstanden habe. Valett in der angef. Abhandlung §. 19. S. 33. nennt gleichwohl diese Erklärung einen eigenen Vereinigungs-Versuch, den Er gemacht habe.

99) S. Hummel's Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung des positiven Rechts 1. Th. S. 145. ff.

100) Tom. IV. pag. 600. Sch. p.

Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit *per partes*, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scaevola noster dicebat: nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.

Der Fall, von dem hier Scävola spricht, ist also der, wenn die von Zeit zu Zeit auf den fundus dotalis verwendeten Kosten endlich so hoch angelaufen sind, daß sie nun soviel betragen, als der fundus selbst werth ist. Es sind hier die Worte *per partes* noch etwas genauer zu betrachten. Sie zeigen an, daß nicht gleich auf einmal ein so starker Aufwand müsse gemacht worden seyn, welcher den Werth des fundus erreicht, oder wohl gar übertrifft. Der Glossator Johannes, dem auch Accursius beystimmt, glaubt zwar, es komme hierauf nichts an. Paulus habe das per partes nur Beyspielsweise hinzugefügt, weil der Fall nicht oft vorkommen werde, daß der Mann auf einmal so viel aufwendet, als der fundus werth ist. Geschieht es nun aber doch, so sey es eben so. Allein mit Recht hat Anton Faber [1]) dagegen erinnert, daß diese Ansicht höchst lächerlich sey. Sie streitet ja dem Begriffe von impensae necessariae offenbar entgegen. Denn nothwendige Verwendungen sind ja diejenigen, deren Unterlassung machen würde, daß die dos schlechter wird, oder ganz zu Grunde geht [2]). Sie müssen also von dem Manne gemacht werden, um der Frau die dos zu erhalten. Wie kann man aber sagen, der Frau werde ihr dos erhalten, wenn der Mann auf einmal so viel aufgewendet hat, daß der fundus durch

1) Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2.

2) L. 79. pr. D. de Verb. Signif.

den Aufwand aufhört dotal zu seyn? Daß die Worte per partes hier gar nicht für so gleichgültig zu halten sind, wie die Glossatoren glauben, erscheint noch deutlicher aus den Scholien der Basiliken [3]), darinn heißt es:

Νεκεσσάρια ἐστι δαπανήματα, ὧν μὴτε γενομένων ἀπόλλυται τὸ ὑποκείμενον. ἐπειδὰν οὖν ἐνεκαλεῖτο ὁ ἀνὴρ, ὅτι περὶ ἀγρὸν ἄξιον ὄντα υ'. νομισμάτων τετρακόσια ὑφ' ἓν ἐδαπάνησεν, εἰκότως ὁ νομικὸς per partes γίνεσθαι τὴν δαπάνην ὑποτίθεται. i. e. *Necessariae impensae sunt, quae si factae non sint, res peritura sit. Quoniam ergo culpabatur maritus, quod in fundum, qui quadringentorum nummorum pretium habet, quadringentos* SIMUL *impendisset, merito ponit Jurisconsultus, impensas factas esse* PER PARTES.

Ist also ein mehrmaliger nothwendiger Aufwand endlich bis auf den Werth des fundus angewachsen; so kann dieß dem Manne nicht zum Vorwurfe gereichen. Er würde vielmehr dann einen Vorwurf verdienen, wenn er die letzte nothwendige Verwendung darum unterlassen wollte, weil sie den gemachten Aufwand bis zum Werth des fundus steigert. Er mußte also auch noch diese machen. Das Anschwellen ward hier durch zufällige Umstände herbeygeführt, und konnte von dem Manne nicht verhindert werden.

Wenn nun aber gleich in diesem Falle der fundus ipso iure aufhören soll dotal zu seyn, so fügt doch Scävola noch die Einschränkung hinzu; *nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit.* Es kann zuweilen der Frau von Nutzen seyn, den fundus dotalis

3) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. pag. 600. Sch. o.

wieder zu erhalten, wenn auch gleich soviel darauf verwendet worden, als er werth ist. Zu dem Ende soll es der Frau nach der Meinung des Scävola freystehen, den fundus, ohnerachtet er dotal zu seyn aufgehört hat, dadurch wieder in den Dotal-Nexus zurückzuziehen, wenn sie dem Manne noch vor Ablauf eines Jahres freywillig den Kostenersatz anbietet. Aus dem, was Paulus nachher zur Berichtigung der Meinung des Scävola hinzufügt, erhellet, daß die Frau von der ihr nachgelassenen Befugniß jedoch nur unter der Voraussetzung Gebrauch machen konnte, wenn der Mann nicht unterdessen den fundus dotalis veräussert hatte. Denn hatte er aufgehört dotal zu seyn, so konnte er auch veräussert werden. Daß dieses Scävola's Meinung gewesen seyn müsse, oder daß dieses wenigstens aus seiner Meinung habe gefolgert werden können, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten: *nam si desinit dotalis esse, poterit alienari.* Die Meinung der Scävola beschränkte sich jedoch nur auf den außerordentlichen Fall, wenn blos ein fundus zur dos gegeben, und auf diesen sein ganzer Werth verwendet worden ist. Nur in diesem Falle scheint auch der Frau die einjährige Frist nach der Meinung des Scävola gestattet gewesen zu seyn. Denn hat sie mit einem fundus auch zugleich Geld zum Heyrathsgute eingebracht, und es sind nothwendige Verwendungen auf den fundus gemacht, so wird, nach der Meinung des Nerva, wie Paulus sagt, nur die dos pecuniaria vermindert, d. h. wie es der griechische Scholiast in den Basiliken[4]) erklärt, nur

4) Tom. IV. pag. 599. Sch. n. λέγει Νέρβας, τὰ ἐπιδοθέντα χρήματα πάνεσθαι εἶναι ἐν προικὶ, καὶ οὐ τὸν ἀγρόν.

das Geld hört auf dotal zu seyn, nicht der *fundus*. Hier scheint auch die Frau eben so wenig, als in dem Falle, da sie blos Geld zum Brautschaft eingebracht hat, auf jene Frist beschränkt zu seyn. Denn Ulpian sagt in der oben zuerst angeführten Stelle davon nichts. Dieß scheint auch gar keinem Zweifel unterworfen gewesen zu seyn. Paulus kommt also auf den vorigen Fall wieder zurück, wenn blos ein fundus zum Brautschatz gegeben, und auf diesen nach und nach durch nothwendige Kosten soviel verwendet worden ist, daß der Aufwand dem Werthe desselben gleichsteht. Und nun wirfft er die Frage auf, wie sich das Rechtsverhältniß gestalte, wenn die Frau dem Manne die Verwendungen wieder erstattet hat. Wird dadurch ein neuer Brautschatz bestellt? Dieß heißt hier: utrum crescet dos? wie bereits oben bewiesen ist; oder wird blos die vorige dos, welche aufgehört hatte in dote zu seyn, wieder hergestellt [5])? Nimmt man, sagt nun Paulus, nach der Meinung des Scävola an, der fundus höre in dem Augenblick auf dotal zu seyn, wo die von Zeit zu Zeit gemachten nothwendigen Verwendungen auf denselben endlich die Höhe des Werths erreicht haben; so wird daraus eine offenbare Unbilligkeit und Ungereimtheit entstehen. Denn Erstens hat der fundus auf-

5) Der griechische Scholiast pag. 600. hat diese Frage so ausgedruckt: *πότερον τῶν ναναγσαρίων δοθέντων δαπάνων ἀυξάνεται ἡ προῖξ, ἢ ἐξ ἀκεραίου πάλιν δεδόσθαι δοκεῖ, τουτέστιν ἀνανεοῦται ἢ πρότερον ἐπιδοθεῖσα, ὥστε τὰ παυσάμενα εἶναι δοτάλια κατὰ τὴν Σκαιβόλα γνώμην, πάλιν ἄρχεσθαι*; i. e. *utrum necessariis impensis datis crescet dos, an ex integro rursus dari vidébitur, id-est, quae prius data est, renovabitur, ut quae desierint esse dotalia secundum* Scaevolae *sententiam, incipiant rursus esse dotalia.*?

gehört dotal zu seyn, so kann er auch gültig veräussert werden. Ist aber der fundus einmal veräussert, wie kann er durch Ersatz der Verwendungen wieder dotal werden? oder soll etwa die dem Manne bezahlte Summe als ein neues Heyrathsgut angesehen werden? Dies ist noch ungereimter. Denn das Geld war ja dem Manne nicht in der Absicht bezahlt worden, um damit eine neue dos zu constituiren. Um nun also dieser Ungereimtheit, und jener Unbilligkeit auszuweichen, berichtiget Paulus die Meinung des Scävola auf folgende Art. Er verwirft es nicht, daß der fundus, auf den nach und nach sein ganzer Werth verwendet worden, eben deswegen aufhöre, dotal zu seyn; damit es aber der Frau möglich sey, ihren fundus durch den Ersatz der Verwendungen zu erhalten, und denselben wieder als dos zu redintegriren, so wird es dem Manne verboten, den fundus vor Ablauf eines Jahres zu veräussern. Dieß scheint mir der ganze Ideengang des Paulus in dieser schwierigen Stelle, und besonders der Sinn der letztern Worte zu seyn: *Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio inhibeatur*; so wie sie auch der griechische Scholiast in den Basiliken [6]) erklärt hat. In den Basiliken [7]) selbst ist nun der Sinn unserer *L.* 56. §. 3. *D.*

6) Tom IV. pag. 600. *καὶ οἶδα ὅτι πάντες ἂν εἴποιεν αὐτὸν μᾶλλον τὸν ἀγρὸν εἰς τὴν προῖκα ἐπανιέναι: τουτέστι πάνεσθαι μὲν τὸν ἀγρὸν εἶναι δοτάλιον, ἐν δὲ τῷ μεταξὺ κωλύεσθαι αὐτοῦ τὴν ἐκποίησιν. Scio autem omnes dicturos esse, ipsum potius fundum reverti in dotem: hoc est, desinere quidem fundum esse dotalem, interim autem prohiberi eius alienationem.*

7) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. 1. Const. 52. §. 2. pag. 520.

*de iure dot.* ganz richtig ausgedruckt, wenn es daselbst heißt:

Εἰ δὲ κατὰ μέρος εἰς τὸν ἀγρὸν ἐδαπανήθη ὅσου ἦν ἄξιος, πάυεται εἶναι προικιμιαῖος, εἰ μὴ ἐντὸς ἐνιαυτοῦ παράσχῃ δαπάνας. — Καταβαλούσης δὲ τῆς γυναικὸς τὰς δαπάνας, ὑποστρέφει ὁ ἀγρὸς εἰς τὴν προῖκα: ἐν τῷ μεταξὺ δὲ κωλύεται ἡ ἐκποίησις αὐτοῦ. i. e. *Si per partes in fundum tantum impensum sit, quanti fundus est, desinit dotalis esse, nisi intra annum impensas solverit. — Si autem mulier impensas* (marito) *solverit, fundus in causam dotis revertitur: interim autem alienatio eius inhibetur* [8]).

Warum nun aber der fundus dotalis aufhört in dote zu seyn, wenn die nach und nach darauf verwandten nothwendigen Kosten den Werth desselben erschöpfen, hat wohl, wie auch Anton Faber [9]) glaubt, seinen Grund darin, weil die Frau kein weiteres Interesse zu haben scheint, einen fundus zu erhalten, den sie, wenn

8) Kein einziger der ältern Ausleger dieser schwierigen Stelle hat hier von den Basiliken und deren Scholien Gebrauch gemacht; daher die unrichtigen Ansichten bey *Ant.* Faber de erroribus Pragmaticor. et Interpretum iuris. Decad. LXXXII. Err. 5. wo er das, was er Lib. I. Conjecturar. cap. 2. wie er selbst sagt, minus bene gelehrt hatte, nicht viel besser zu berichtigen gesucht hat; ferner bey Bachov advers. Ant *Fabrum* Decad. LXXXII. Err. 5. bey *Ant.* Merenda Controv. iuris Lib. III. cap. 3. und Pothier Pand. Iustinian. T. II. h. t. Nr. VI. not. c. pag. 76.

9) Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2.

sie ihn wieder haben wollte, dem Mann erst abkaufen, und ihm den ganzen Werth bezahlen müßte. Weil es nun aber doch der Frau zuweilen von Nutzen seyn kann, den fundus dotalis wieder zu erhalten, wenn auch die darauf gemachten nothwendigen Verwendungen die Höhe seines Werths erreicht haben; so soll nun der fundus in seinen vorigen Rechtszustand, in das Dotal-Verhältniß, welches aufgelöst war, wieder eintreten, wenn sie dem Manne den gemachten Aufwand ersetzt. Diese Erneuerung der dos kann also der Mann nicht hindern, er kann sie aber auch nicht von der Frau fordern, sondern es wird ausdrücklich in dem Gesetz ein freywilliges Anbieten des Ersatzes von Seiten der Frau erfordert. Dazu ist nun der Frau die Frist von einem Jahre gesetzt. Cujaz [10]) will dieß für eine Interpolation halten, die von Tribonian oder Justinian herrühren soll, weil die Bestimmung der Zeiten für die Gesetze gehöre, und nicht Sache des Rechtsgelehrten sey. Weder Scävola noch Paulus hätten also eine solche Frist bestimmen können. Allein wie viel Rechtssätze sind nicht durch die Auctorität der Röm. Rechtsgelehrten eingeführt worden, welche der Gerichtsgebrauch bestätiget hat [11])? Warum aber gerade ein Jahr bestimmt worden? davon läßt sich wohl kein anderer Grund angeben, als weil man gerade ein Jahr für hinreichend hielt, um der Frau Zeit zu lassen, das nöthige Geld zum Ersatz der Verwendungen aufzubringen, und auch bey sich zu überlegen, ob es ihr überhaupt von Nutzen sey, den fundus durch einen solchen Ersatz sich

10) Observation. Lib. XXIII. Cap. 12. in fin.

11) S. *Jac.* Raevardi de auctoritate Prudentum lib. sing. Exer. Diss. cit. Cap. I. in fin. pag. 205.

wieder zu verschaffen [12]). Die meisten Zeitfristen sind ja in dem Röm. Recht willkührlich nach der Billigkeit und vernünftigem Ermessen bestimmt. Um nun aber der Frau diese Deliberations-Frist offen zu lassen, mußte freylich dem Manne die Veräusserung des fundus während dieser Zeit verboten werden. Auch hier, meint Cujaz, verrathe sich wieder Tribonians Hand. Denn kein bloßer Jurist habe bestimmen können, daß ein fundus für die Zeit, da er aufgehört hat, dotal zu seyn, nicht dürfe veräussert werden, weil die Lex Julia nur einen fundus dotalis zu veräussern verbiete. Dieses Verbot auf einen solchen fundus auszudehnen, der nicht mehr dotal ist, habe eine neue Constitution erfordert. Allein auch hier hat der große Cujaz [13]) wohl offenbar Unrecht. Er bedachte nicht, daß ja die Lex Julia, welche doch ausdrücklich nur de praedio dotali spricht, durch Interpretation auch auf den Bräutigam ausgedehnt worden, wie Gajus *lib. XI. ad Edictum provinciale* [14]) lehrt, ohnerachtet der fundus, den ihm die Braut übergeben hat, so lange die Ehe noch nicht erfolgt ist, doch gewiß noch kein dos genennt werden kann, ob er gleich zur dos bestimmt ist [15]). Ohnstreitig steht der Frau, wenn der fundus, durch die Bezahlung des nothwendigen Aufwandes auf denselben, wieder in den vorigen Dotalnexus eingetreten ist, dereinst die actio de dote zu. Nun sagt

12) Höhere Gründe hat Majansius cit. Disputat. §. 7. aufzufinden gesucht. Es ist aber nicht der Mühe werth, sie anzuführen. S. Valett angef. Abhandlung §. 24. S. 41.

13) Cit. loc.

14) *L. 4. D. de fundo dotali.*

15) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 70. S. 243.

ſo Paulus *libro XXXVI. ad Edictum* [16]) ganz allgemein: Totiens autem *non potest alienari fundus*, quotiens mulieri *actio de dote* competit, aut omnino competitura est. Mit Recht ſagt daher Anton Faber [17]): neque vero novum est, ut etiam eius fundi, qui dotalis non est, alienatio lege Julia inhibeatur: sufficit enim, mulieri actionem de dote competere posse, licet interea non competat [18]).

Da die impensae necessariae die dos ipso iure vermindern; ſo findet eine ſolche Verminderung auch dann Statt, wenn der Mann in ſeinem Teſtamente der Frau ihr Heyrathsgut prälegirt, wenn er ſich auch dabey der Formel bedient hätte: Was mir meine Frau zur *dos* zugebracht hat, ſoviel ſoll ihr mein Erbe nach meinem Tode auszahlen. Dieſe Formel begründet keine Ausnahme. Anders iſt es, wenn ein Dritter den Mann zum Erben einſetzt, und dann der Frau ein ſolches Legat hinterläßt, nämlich, daß er, als ſein Erbe, der Frau ſoviel auszahlen ſolle, als ſie ihm dotis nomine zugebracht hat. Hier muß der Frau ihre dos ohne allen Abzug der nothwendigen Verwendungen ausbezahlt werden. Der Mann wird auch dadurch nicht von der actio dotis befreit, ſo wie ſein Erbe befreit wird, wenn der Mann ſelbſt die dos der Frau vermacht, und der Erbe, dem Legat gemäß, die dos der Frau ausgezahlt hat. Denn in dem Teſtament eines Dritten wird angenommen, daß die dos nur *taxationis causa* genannt ſey, d. h. um die

16) *L. 3. §. 1. D. de fundo dot.*

17) Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. pag. 2.

18) Man vergleiche auch Wallett's angef. Abhandl. §. 25. S. 43. f.

Größe des Legats, oder die Summe, welche der Frau als Vermächtniß ausgezahlt werden soll, dadurch zu bestimmen. Hierher gehört die von vielen mißverstandene Stelle des Javolenus aus dessen *Libro VII. Epistolarum* [19]), welche also lautet:

A me herede [20]) uxori meae ita legatum est: *Quidquid propter Titiam ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Seius heres meus Titiae det.* Quaero, an deductiones impensarum fieri possint, quae fierent, si de dote ageretur? Respondit: non dubito, quin uxori suae, quod ita legatum est: *A te heres peto, quidquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares:* tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur. Non autem idem ius servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri, qui dotem uxori relegavit. Haec enim *taxationis loco* habenda est [21]): *Quidquid ad te pervenit.* Illic autem, ubi vir uxori relegat [22]), id videtur legare,

19) *L.* 41. §. 1. *D. de legat. II.*

20) Die Florentine liest hier *heredi*, für herede. Es ist dieß in den florentinischen Pandecten nichts Unmögliches, daß im Ablativ der dritten Declination i. für e. steht. Beyspiele geben *L.* 8. *L.* 23. §. 5. *D. de Rei vindic. L.* 39. *D. de injur.*

21) Haloander liest hier: *hic enim taxationis loco habendum est.* Eben so Baudoza, Merlin und Miräus. Behält man die florentinische Lesart bey, so muß das HAEC wohl auf dos bezogen werden.

22) Pothier Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXXIII. Tit. 4. Nr. IV. Not. n. pag. 384. hält die Worte: *ubi vir uxori relegat*, für eine glossema imperiti Interpretis, und

quod *in iudicio dotis* mulier consecutura fuerit.

Der Unterschied, der hier zwischen dem Manne und einem fremden Testirer gemacht wird, ist sehr wichtig. Marcus

will sie weggestrichen haben. Allein ohne allen Grund. Er hat offenbar das Gesetz ganz falsch verstanden. Govеanus variar Lection. Lib. I. cap. 13. hingegen glaubt, diese Worte seyen nur versetzt. Sie müßten nach den Worten: hic enim, oder wie die Florentine liest: haec enim, folgen. Denn der Abzug müsse beym Legat des Fremden Statt finden, nicht aber beym praelegato dotis. So versteht auch Pothier diese Stelle cit. loc. Not. l. et m. und glaubt, daß sich durch eine solche Versetzung, die angeführten Worte gegen den Vorwurff eines Glossems rechtfertigen ließen. Cujaz ist mit sich selbst nicht einig. Man vergleiche, was er über die L. 5. D. de dote praeleg. ferner über die L. 41. §. 1. cit. und in seinen Observation. Lib. XXIII. cap. 13. über die L. 41. commentirt hat. *Ant.* Faber Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 3. hat sich darin geirrt, daß er diese Stelle von nützlichen Verwendungen versteht. Weil aber diese auch bey dem relegato dotis nicht abgezogen werden; so fiele ja aller Unterschied weg, der hier zwischen dem Legat eines Dritten und dem praelegato dotis gemacht wird. Der Ausdruck *deductio* wird auch von impensis necessariis gebraucht. *L.* 8. §. *ult. D. Sol. matrim. L.* 15. *D. h. t. L. ult. D. eod. L.* 1. §. 5. *D. de dotis collat.* Die richtige Erklärung dieser so sehr mißverstandenen Gesetzstelle haben *Francisc.* Ramos Del Manzano in Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. II. Cap. 20. §. 24. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 193.) *Henric. a* Suerin Repetitar. Lection. iuris civ. lib. Cap. XXV. (in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 41. sqq.) und Ernst Christ. Westphal im System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 313.

Lyklama [23]) meint zwar, er liege in der gebrauchten Formel. Wenn sich der Mann beym praelegato dotis derselben Formel bedient, so müsse eben das Statt finden, was beym Extraneus gilt. Eben dieser Meinung war auch Accursius. Allein den Worten unsers Gesetzes ist sie nicht gemäß. Denn Javolen sagt ja ausdrücklich: *non idem ius servari debere in testamento* EXTRANEI, *quod servatur in testamento* VIRI, und fügt hinzu: *illic vero, ubi vir uxori relegat* etc., ohne in Rücksicht der Formel einen weitern Unterschied zu machen. Der Grund des Unterschieds liegt also unstreitig in der Verschiedenheit der Person, und nicht der gebrauchten Worte. Hier ist auch der Unterschied zwischen dem Ehemann und einem Extraneus sichtbar. Denn prälegirt der Mann seiner Frau die dos, so nimmt man an, er thue es darum, weil er weiß, die Frau werde nach seinem Tode mit der actio de dote auf Restitution der dos klagen; man interpretirt also hier das Prälegat zu Gunsten des Erben so, daß ihr der Testirer im Zweifel nicht mehr habe vermachen wollen, als was die Frau mit der actio de dote erlangt haben würde. Wenn hingegen ein Extraneus den Mann zum Erben einsetzt, und seiner Frau ein Legat auf die Art vermacht: Quidquid ad Sejum heredem dotis nomine pervenit; so findet hier jene Interpretation zu Gunsten des Erben nicht Statt, sondern die Worte sind hier so generell zu nehmen, wie sie gefaßt sind, weil hier die dos nur taxationis causa genennt ist. Sie muß also, ohne allen Abzug der Kosten, nach ihrer ganzen Größe, dem Vermächtniß der Frau zum Maasstabe dienen.

23) Membranar. Lib. II. Eclog. 5.

§. 1281. a.

Welche Rechtsmittel hat der Mann, um Ersatz für die nothwendigen aufferordentlichen Verwendungen zu erhalten.

So lange der Mann die dos in Händen hat, kann er, wenn sie entweder blos in Gelde besteht, oder wenigstens Geld zur dos gehört, durch Compensation, und wenn sie in solchen körperlichen Sachen besteht, die nach getrennter Ehe der Frau zurückgegeben werden müssen, durch Retention Ersatz für seine Verwendungen erhalten. Ausserdem aber steht ihm noch ein anderes Rechtsmittel zu Gebote. Hat nämlich der Mann, ohne Berücksichtigung der gemachten Verwendungen, die ganze dos zurückgegeben, so kann er sich noch einer condictio bedienen. Hierher gehört die *L. 5. §. 2. D. h. t.* welche aus Ulpians *libro XXXVI. ad Sabinum* genommen ist.

Si dos data soluta sit, non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet? Et Marcellus admittit, *condictioni* esse locum. Sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

Diese Stelle lehrt uns zugleich, daß die Frage, ob dem Manne, wenn er die dos ohne Berücksichtigung der nothwendigen Verwendungen restituirt hat, noch eine Klage zustehe, unter den Röm. Rechtsgelehrten streitig gewesen sey. Die meisten verneinten dieselbe, vermuthlich aus dem Grunde, weil der Mann, der während der Ehe als Eigenthümer der dos angesehen wird, durch die Verwendungen auf die Dos mehr sein eignes, als das Geschäft

der Frau gerirt zu haben scheint, in welchem Falle auch nicht einmal die actio negotiorum gestorum begründet war [24]). Allein man gab der billigern Meinung des Marcellus den Vorzug. Erstens, weil ja der Mann doch die dos nach getrennter Ehe herausgeben muß, und Zweytens durfte er auch, solche Verwendungen zu machen, nicht einmal unterlassen [25]). Man konnte also nicht sagen, er habe nur sein Geschäft gerirt, und nicht die Absicht gehabt, die Frau verbindlich zu machen [26]). Was sollte nun aber für eine Klage Statt finden? Unstreitig die Condictio indebiti. Denn da die impensae necessariae die dos ipso iure verringern, so hatte der Mann mehr bezahlt, als er schuldig war [27]). Da jedoch die condictio indebiti voraussetzt, daß der Mann die ganze dos aus einem error facti zurückgegeben habe; so entsteht die Frage, ob nicht auch dann noch eine Klage Statt finde, wenn auch nicht gerade aus einem solchen Irrthume die Zurückgabe der ganzen dos geschehen seyn sollte? Man kann diese Frage ohne Bedenken bejahen [28]). Denn wenn mir wegen meiner Forderung eine Klage zusteht, so überlassen es die Gesetze meiner Willkühr, ob ich in dem Falle,

24) S. Bachovius Adversus *Ant.* Faberum Decad. LXXXXIII. Err. 5. num. 3. und Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. VII. Not. l.

25) S. Valett's Abhandl. §. 27. S. 46. f.

26) S. Wissenbach Exercitation. ad Pand. Disp. XLIX. Th. 2. Voorda Thesium controvers. Decad. XIII. §. 7. et 8.

27) Pothier c. l. Not. m. und Westenberg Princip. iur. sec. ord. Digestor. h. t. §. 8.

28) S. Majansius cit. Diss. §. 10. pag. 433. und Valett angef. Abh. S. 47.

da ich dieselbe in Abrechnung bringen konnte, compensiren, oder retiniren wolle, oder nicht [29]). Nie aber kann im Zweifel angenommen werden, daß man sich seiner Forderung begeben habe [30]). Diesem steht auch der Ausspruch des Pomponius in der *L. 60. D. de condictione indebiti*: Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest, keinesweges entgegen. Denn dieß gilt nur in dem Falle, wenn man seiner Forderung wegen keine weitere Klage hat, wie gleich aus der folgenden *L. 61. D. eodem* erhellet, wo derselbe Pomponius sagt: Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus [31]). In unserm Falle wird ja aber dem Ehemann der Verwendungen wegen die Klage ausdrücklich gestattet [32]). Ein Verzicht auf diese Klage läßt sich nun hier um so weniger annehmen, da nach dem Ausspruche des Paulus in der *L. 5. §. 1. D. de pactis dot.* nicht einmal der Vertrag gelten soll, *ne ob impensas necessarias ageretur*, und zwar aus dem beygefügten Grunde: *quia tales impensae dotem ipso iure minuunt.* Die Klage kann also nach Befinden der Umstände die actio

29) *L. 1. §. 4. D. de contraria tut. act.* S. den 15. Th. dieses Commentars. §. 935. S. 111.

30) *L. 25. pr. D. de probat.* Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet, et indebitas effundat.

31) S. *Greg.* Majansii ad triginta ICtorum omnia fragmenta. pag. 316. sq.

32) *L. 7. §. 16. in fin. D. Soluto matrim. L. 5. §. 2. L. 7. §. 1. D. h. t.*

mandati, oder auch negotiorum gestorum [33]), oder auch eine condictio sine causa seyn [34]).

§. 1282.

B. Nützliche Verwendungen. Begriff. Rechtsmittel wegen derselben.

Die Verwendungen des Ehemannes auf die dos können hiernächst B. auch blos nützliche seyn. Es werden darunter solche Verwendungen verstanden, wodurch blos der Ertrag des Heyrathsguts vermehrt worden ist, ohne daß die Erhaltung der Substanz sie erforderte. Ulpian sagt in der *L. 5. §. 3. D. h. t.*

*Utiles* autem *impensae* sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit [35]), hoc est, dotem [36]).

Noch bestimmter ist der Begriff, den er in seinen Fragmenten *Tit. VI. de dotibus* §. 16. giebt, wo er sagt:

33) *L.* 12. *D. h. t.* Westenberg Princip. iuris cit. h. t. §. 8.

34) S. Valett a. a. O.

35) Haloander liest hier: quaeque rem mulieris meliorem reddunt. Eben so Beck.

36) Die Worte: hoc est, dotem, wollen einige für ein Gloſſem halten, welche nicht dem Ulpian, sondern irgend einem Ausleger zuzuschreiben seyen. Man s. *Van de* Water Observation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 15. pag. 366. und Walch ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris §. 48. pag. 41. Allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, wie *Jo.* Cannegieter ad Ulpiani fragmenta Tit. VI. §. 16. pag. 38. und *Jo. Lud.* Conradi Observation. iuris civ. Vol. I. (*Marburgi* 1782. 8.) pag. 19. Not. a. gezeigt haben. In den Ausgaben von Haloander und Beck stehen jene Worte nicht.

*Utiles* sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est: veluti si vineta et oliveta fecerit.

Zur Erläuterung führt Paulus *L. 6. h. t.* welche aus dessen *libro VII. ad Sabinum* genommen ist, noch folgende Beyspiele an:

Veluti si novelletum [37]) in fundo factum sit, aut si in domo pistrinum [38]), aut tabernam [39]) adiecerit, si servos artes docuerit [40]).

37) *Novelletam* heißt ein mit jungen Weinstöcken angepflanzter Weinberg. S. *Nic.* Catharinus Observat. et Conjecturar. Lib. II. Cap. 30. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 781.) und Brissonius de Verbor. iuris Significat. h. v.

38) S. Not. 45. S. 393. f. und Pacius *Εναντιοφανῶν* Centur. V. Qu. 65. pag. 396.

39) *Taberna* heißt hier jedes zur Bewohnung nützliche Gebäude, wenn es auch nicht gerade von Brettern aufgerichtet worden ist. *L.* 183: *D. de Verb. Signif.* Tabernae appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo, quod tabulis cluditur. Jedoch ist die Lesart streitig, indem Einige statt non, lesen nempe, Andere nominatum, Andere nomine. Jauchius in Medit. crit. de Negationib. Pandect. Florent. Cap. V. §. 54. pag. 109. hält die Worte *ex eo*, für ein Glossem, und liest non, quod tabulis clauditur. Ferner statt *cluditur* lesen einige Ausgaben clauditur, andere concluditur, noch andere coniungitur. Man sehe über diese Verschiedenheit der Lesarten *Andr. Gail.* Cramer de Verbor. Significat. Titt. Pand. et Cod. cum variae lectionis apparatu. *Hiliae* 1811. 8. pag. 88. Die florentinische Lesart vertheidiget mit Recht Pothier Pan-

Derselbe Paulus führt an einem andern Orte *libro VI. ad Plautium* [41]) noch einen andern Begriff von Fulcinius an. Es heißt nämlich daselbst:

*Utiles impensas* esse FULCINIUS ait, quae meliorem dotem faciant, *non* deteriorem esse non

dect. Justin. Tom. III. Lib. L. Tit. 16. Nr. 210. Not. k. pag. 692. aus einer Stelle des FESTUS.

40) Die Künste können auch artificia necessaria seyn. *L.* 25. *D. de pign. act.* Ersatz konnte aber der Mann nur dann fordern, wenn nicht der von ihm deshalb gemachte Aufwand durch den daraus gezogenen Nutzen bereits compensirt war. So ist unsere Stelle mit *L.* 28. § 1. *D. de donat. inter vir et uxor.* zu vereinigen. S. PACIUS *Εναντιοφανῶν*, Cent. V. Qu. 66. Der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag. 420. Sch. e. bemerkt, daß überhaupt der Sklave, dem der Mann eine Kunst hat lernen lassen, noch nicht 25 Jahre alt seyn müsse, (τοὺς διδαχθέντας οἰκέτας ἥττονας εἶναι τῶν κε'. ἐνιαυτῶν). Denn nach dem 25sten Jahre kann der verwandten Unkosten wegen nichts weiter in Abrechnung gebracht werden, wie Modestin sagt *L.* 32. *D. de Rei vindicat.* Der Grund ist, weil, wenn der Sklave 25 Jahre alt ist, angenommen wird, daß nach einer so langen Reihe von Jahren, (denn man pflegte die Sklaven schon vom 5ten Jahre an in Künsten unterrichten zu lassen) der Sklave die auf ihn verwandten Unkosten längst abverdient habe. S. *Joh. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. IX. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid in Academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 88—90.) und *Jo. Guil.* HOFFMANN Observation. variae s. Meletemat. ad Pandect. Diss. VII. §. 2.

41) *L.* 79. §. 1. *D. de Verbor. Signif.*

sinant [42]): ex quibus reditus mulieri adquiratur: si-

42) Einige alte Ausgaben, z. B. die Haloandrinische, ferner die von *Claud.* Chevallonius Paris 1527. 8. lesen hier, mit Hinweglassung der ersten Negation, deteriorem esse non sinant. Allein die florentinische Lesart vertheidigen *Ant.* Augustinus Emendationum et Opinion. Lib. I. Cap. 2. (in *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1438.) und Jauchius Meditat. criticar. de Negationib. Pandect. Florentin. Cap. V. §. 53. p. 108. Diese Lesart hat auch die Auctorität der Basiliken für sich. In diesen lauten die Worte Tom. I. Lib. II. Tit. 2. Const. 79. pag. 51. so: οὐ μὴν οὐ συγχωρούσας εἶναι αὐτὴν χείρω. Hier ist die Conjunction μὴν nicht zu übersehen, welche gerade Fabrot hier zu übersetzen vergessen hat; μὴν heißt soviel als *autem*, aber. Der Sinn dieser Worte, wie sie auch Augustin a. a. O. ganz richtig erklärt, geht also dahin: Nützliche Verwendungen, sagt Fulcinius, seyen diejenigen, wodurch die dos wirklich verbessert wird, nicht aber solche, welche blos verhüten sollen, daß die dos nicht verschlechtert werde. Denn eben dadurch unterscheiden sich die impensae utiles von den necessariis, deren wesentlicher Character darin besteht, daß dadurch die dos nur gegen gänzlichen Verfall, oder Untergang gedeckt worden ist. Alle Schwierigkeit ist also gehoben, wenn nach der ersten Negation das Wort *autem* eingeschaltet, oder subintelligirt wird, wie auch Valett in der angef. Abhandl. von den Verwendungen auf die dos §. 5. mit Beziehung auf die Basiliken, aus welchen er aber den Ort anzuführen vergessen hat, sehr richtig bemerkt. Eben so hat auch *Jo.* Jensius in Strictur. ad Rom. iuris Pandectas et Cod. (*Lugd. Batav.* 1764. 4.) pag. 518. unsere Gesetzstelle richtig erklärt. Ich bemerke nur noch, daß auch des Theophili fragmenta graeca Tituli de Verborum Signific. (Tom. II. der

cuti arbusti pastinatione [43]) ultra quam necesse fuerat. Item doctrinam puerorum, quorum nomine

*Paraphr. graec.* nach der Ausgabe des *Guil. Ott.* Reitz pag. 978.) mit den *Basilicis* vollkommen übereinstimmen. Es kann also über die Richtigkeit der Lesart kein Zweifel übrig seyn, und es darf uns daher nicht irre machen, wenn in des Leunclavii Synopsi Basilicor. das letztere οὐ nicht gelesen wird. Zwar hat Russard auch die erste Negation mit seinem Zeichen ‖ ‖ markirt, und *Alber.* Gentilis in Comm. in Tit. Dig. de Verb. Signif. ad L. 79. nostr. pag. 180. sieht dieß als ein Kennzeichen an, daß die erste Negation nicht in den florentinischen Pandecten stehe, und beschuldiget den Taurellius, er sey bey der Edition derselben nicht bona fide zu Werke gegangen. Allein Russard sagt ja ausdrücklich: Male in aliis deest haec negatio, und auch Gentilis hält die doppelte Negation für die richtigere Lesart, er hat auch das Gesetz ganz richtig erklärt. Die doppelte Negation vertheidiget auch *Jo.* Goeddaeus in Comm. repetitae praelect. in Tit. D. de Verb. Signif. ad L. 79. nr. 5. pag. 695.

43) *Pastinatio arbusti*, die Umgrabung eines mit Weinstöcken oder Bäumen in Reihen besetzten Orts, wird hier, so weit sie nicht eben nothwendig war, sondern blos zur Verbesserung des Grundstücks gereichte, zu den nützlichen Verwendungen gezählt. In des Theophili *Fragm. graec. de Verb. Sign.* bey Reitz Tom. II. pag. 978. heißt es: ὡς ἐπὶ τῆς τοῦ ἄλσους φιλοκαλίας, i. e. *in nemoris politione.* Es kann also die *pastinatio* bald zu den nothwendigen, bald zu den nützlichen Verwendungen gehören. S. die Note 33. S. 387. Man füge zu den dort angeführten Schriftstellern noch Festus voc. *Repastinari* nach Scaliger, und besonders was die Bedeutung von *arbustum* anbetrifft, Cujacius ad Tit. Pand. de Verb. Sign. h. L. und *Jo.* Goeddaeus Comm. cit. ad h. L. 79. §. 1. nr. 2. pag. 694 sq. hinzu.

onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet: ne cogatur fundo, aut mancipiis carere. In his impensis et pistrinum, et horreum insulae dotali adjectum, plerumque dicemus.

Soviel nun die Rechtsmittel anbetrifft, die dem Ehemanne wegen solcher Verwendungen zustehen, so unterscheiden sich dieselben von den nothwendigen Verwendungen dadurch, daß sie die dos nicht ipso iure vermindern, sondern eigentlich nur eine Klage begründen. Hierher gehört, was Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* sagt, woraus die *L.* 7. §. 1 *D. h. t.* genommen ist.

Quarum utiles non quidem minuunt *ipso iure* dotem, verumtamen habent *exactionem.*

Wegen der nützlichen Verwendungen steht also dem Ehemanne kein Retentionsrecht zu, sondern der Mann kann sich nur mit der actio mandati oder negotiorum gestorum helffen. Es kommt nämlich darauf an, ob die Verwendungen mit Willen und im Auftrage der Frau gemacht worden sind, oder nicht. Der Unterschied besteht darin, daß im letztern Falle die Verwendungen für die Frau wirklich nützlich, und auch nicht im Uebermaaße gemacht seyn müssen, so daß sie, um die Verwendungen zu erstatten, ihre Sachen zu verkaufen genöthiget wäre. Die hierher gehörigen Stellen sind.

*L.* 8. *D. h. t.* Paulus *libr. VII. ad Sabinum:* Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam aiunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest. Quod summam habet aequitatis rationem.

*L.* 79. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* PAULUS *libro VI. ad Plautium* [44]). Item doctrinam puerorum, *quorum* [45]) nomine onerari mulierem ignorantem vel invitam non oportet: ne cogatur fundo, aut mancipiis carere.

*L. un.* §. 5. *C. de rei uxor. act.* Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. *Cum enim* NECESSARIAE *quidem* EXPENSAE *dotis minuant quantitatem,* UTILES autem non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, *mandati actionem* a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, *quod utiliter impensum est,* adservari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, *negotiorum gestorum* adversus eam sufficere *actionem.*

44) Paulus handelte in dieſem *libro VI. ad Plautium* hauptſächlich de dotis repetitione et impensis in illam factis, wie aus der Vergleichung der aus demſelben Buche genommenen Fragmente, *L.* 38. *D. de usuris L.* 39. *D. de ritu nupt. L.* 56. *D. de iure dot. L.* 56. *D. Solato matr. L.* 19. *L.* 21. *L.* 23. *D. de re iudic.* erhellet. S. *Jo.* GORDARI Commentar. in Tit. Pand. de Verb. Signif. ad h. L. pag. 688.

45) Statt quorum leſen mehrere alte Ausgaben, z. B. die des *Claud.* CHEVALLON, BAUDOZA, und MERLIN, richtiger *quarum.* Denn die nachfolgenden Worte beweiſen ja deutlich, daß das Relativum nicht auf puerorum gehen könne, ſondern ſich auf utiles impensas beziehen müſſe, von welchen hier die Rede iſt.

Mehrere Rechtsgelehrten [46]) haben dieses letztere Gesetz so verstehen wollen, als ob Justinian alle Retention wegen der Verwendungen gegen die actio de dote aufgehoben habe, so daß sie auch nicht einmal wegen der nothwendigen Verwendungen mehr Statt finden solle. Man glaubt, die Worte am Schlusse des §. 5. *et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem*, ließen gar keinen Zweifel übrig. Noch andere [47]) wollen behaupten, Justinian habe nur die Retention aufgehoben, welche pignoris loco geschieht, bis der Mann befriediget worden ist; nicht aber diejenige Retention, welche durch Compensation auf immer geschieht, und die Wirkung einer Zahlung hat; und suchen auf solche Art die *L. un.* mit dem §. 37. *I. de actionib.* zu vereinigen, wo dem Manne ob impensas in res dotales factas die Retention ausdrücklich gestattet wird. Allein die meisten Rechtsgelehrten [48]) sind der Meinung, daß Justi-

46) Donellus Commentar. de iure civili. Lib. IX. Cap. 8. §. 8. (Vol. VIII. edit. *Koenig. Bucherian.* Norimb. 1825. 8. pag. 240.) *Paul* Voet Comm. ad Instit. ad §. 37. I. de actionib. *Ant.* Schulting ad *Ulpian.* Tit. VI. de iure dot. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 583. sq. Not. 28.) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. un. §. Tacent. de R. U. A. pag. 418. und Balett angef. Abhandl. §. 34.

47) *Jul.* Pacius Εναντιοφανῶν. Centur. V. Qu. 60. p. 393. *Heif. Ulr.* Hunnius Variar. Resolution. iuris Lib. IV. P. IX. Qu. 3. pag. 1145. und *Lud.* Charondas Περὶ δοκούντων seu Verisimilium Lib. II. cap. 16. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 766. sq.)

48) *Guil.* Maranus Paratitl. in XLII. prior Libb. Pand. h. t. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXII. Err. 4. *Matth.* Wesen

nian in Ansehung der nothwendigen Verwendungen nichts geändert, sondern nur das ältere Recht, nach welchem bey der rei uxoriae actio dem Manne auch wegen der nützlichen Verwendungen ein Retentionsrecht zustand, wenn sie mit Willen der Frau waren gemacht worden, aufgehoben habe, so daß der neuen actio ex stipulatu keine Retention solcher Verwendungen wegen entgegenstehen sollte. Diese Meinung scheint mir auch die richtigste zu seyn, wenn nicht Justinian mit sich selbst in Widerspruch gerathen soll. Die Worte: Cum enim necessariae *quidem* expensae dotis minuant quantitatem, sind so gefaßt, daß man schon daraus deutlich sieht, Justinian habe in Ansehung der nothwendigen Verwendungen nichts ändern wollen. In Ansehung der nothwendigen Verwendungen, will er sagen, verstehe es sich freylich von selbst, daß sie die dos ipso iure vermindern. Daß aber dieses

sec Comment. ad §. 37. I. de action. *Arn.* Vinnius Comm. ad eund. §. I. nr. 3. *Pet. de* Toullieu de iure nuptarum Disp. II. Cap. 8. (in Fellenberg *Jurisprud. antiqua.* Tom. II. pag. 261.) *Em.* Merillius Comm. ad §. 37. I. de action. *Greg.* Majansius Disputat. de impensis in res dotales factis. §. 13. (in Disputation. iuris civ. Tom. I. pag. 435. sq.) *Jo. Jac.* Wissenbach Exercitation. ad Pand. P. I. Disp. XLIX. Th. 3. pag. 509. *Jo. Ortw.* Westenberg Princip. iur. secund. ord. Dig. h. t. §. 12. Pothier Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. pag. 76. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de iure retentionis §. 9. (in *Elect. iuris civ.* Tom II. pag. 631.) *Car. Frid.* Walch ad *Hoppii* Commentar. in Institut. ad §. 37. de actionib. not. a. p. 938. Thibaut System des Pand. Rechts. 1. Band. §. 465. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 689. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 3. B. §. 49. u. a. m.

*ipso iure dotem minuere* auch durch Retention geschehe, und soviel heißen solle, daß dem Manne ein Retentionsrecht in Ansehung der dos wegen der nothwendigen Verwendungen zustehen solle, bis sie ihm wieder erstattet worden sind, sagt nicht nur Justinian in den Institutionen selbst §. 37. *de actionib.*

Propter *retentionem* quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas marito *retentio* [49]) concessa est, *quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur;*

49) Mehrere alte Ausgaben lesen zwar marito *quasi* retentio concessa est, z. B. die von Anton Koberger, Nürnberg 1486. von Haloander, von Baptista de Tortis, Venedig 1495. f. von Johann Petit, Paris 1531. 4. von Hugo a Porta, Lion 1572. f. u. a. In andern Ausgaben aber ist das Wort *quasi* eingeschlossen, wie bey Baudoza, Russard, Charondas, und Pacius, auch in den Gothofredischen Ausgaben, selbst in der von Simon van Leeuwen. Allein mit Recht haben Cujaz, und die neuern Editoren der Institutionen, Biener, Beck, und Bucher das *quasi* verworfen. Denn es steht weder bey Theophilus, noch in den Handschriften, wie schon Russard bemerkt hat. Auch in der Erlanger Handschrift der Institutionen findet sich das *quasi* nicht. Ich stimme daher dem Janus a Costa vollkommen bey, wenn er in seinem Commentar. in Institut. ad §. 37. de act. sagt, das Wort *quasi* sey von einem naseweissen Klügling (Sciolus) dem Text eingeschaltet worden. Gleichwohl meint Cannegieter ad Ulpiani fragmenta pag. 37. not. b. man könne, statt quasi, vielleicht *quoque* lesen. Allein wozu dieses, wenn das Wort quasi überhaupt wegzustreichen ist?

sondern er verweist dabey zugleich auf die Pandecten, (sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet) in welchen das *dotem ipso iure minuere*, sowohl vom Paulus *L. 56. §. 3. D. de iure dotium*, als vom Ulpian *L. 5. pr. D. de impens. in res dotales factis* noch ausführlicher erklärt worden ist. Hierdurch hat also Justinian das Pandectenrecht ganz bestimmt als noch practisch anerkannt. Da nun die Institutionen jünger sind, als die *L. un. Cod. de rei uxor. act.* welche schon früher, nämlich im Jahre 530 gegeben worden ist; so kann ja durch diese Verordnung unmöglich das Recht aufgehoben seyn, welches Justinian in den Institutionen ausdrücklich bestätiget hat.

Man will zwar das Wort *retentio* in der angeführten Stelle der Institutionen von einer bloßen Compensation verstehen, welche auch der Natur der neuen actio ex stipulatu nicht zuwider sey. Denn dieser solle nur keine eigentliche Retention entgegengesetzt werden, wodurch die Restitution der dos, wenn sie in körperlichen Sachen besteht, der Frau so lange vorenthalten werden kann, bis sie die Kosten dem Manne erstattet hat. Allein wie wenig diese Ansicht dem Geist der Justinianeischen Verordnung entspreche, ist leicht zu begreiffen. Sowohl Paulus als Ulpian sprechen in den oben angeführten Pandecten-Stellen ausdrücklich von dieser Retention. Es sind gerade die beyden einzigen und gewiß die Hauptstellen, worin ausführlich erklärt wird, was das heißt: *necessarias impensas ipso iure dotem minuere*. Wie hätten diese Hauptstellen so ganz ohne alle Abänderung in die Pandecten aufgenommen werden können, wenn Justinian in der *L. un. §. 5. C. de rei uxoriae actione* bey

der actio ex stipulatu alle Retention der dos, auch wegen nothwendiger Verwendungen, aufgehoben hätte, da diese Constitution zu der Zeit, als Tribonian mit seinen Gehülfen an den Pandecten arbeitete, längst gegeben war? Weil nun also jene Pandecten-Stellen nicht blos von der Compensation, sondern ausdrücklich auch von einer eigentlichen Retention der dos sprechen; so kann ja auch die Stelle der Institutionen nicht anders zu verstehen seyn, in welcher wir ausdrücklich auf die Pandecten, und die darin enthaltenen näheren Bestimmungen und ausführlicheren Erörterungen verwiesen werden. Theophilus giebt auch in seiner griechischen Paraphrase[50]) gerade solche Beyspiele, wo die nothwendigen Kosten auf species, auf *agros* vel *domos* dotis nomine mihi traditas (περὶ τοὺς ἀγροὺς ἢ τὰς οἰκίας, τὰς λόγῳ προικὸς ἐπιδοθείσας μοι) also auf Sachen verwendet worden, welche der Frau in Natur zu restituiren sind. Er sagt am Schluß dieses Paragraphen:

ἤμελλε γὰρ, ἐσθ' ὅτε καταπίπτειν ἡ οἰκία, εἰ μὴ περὶ ἀνανέωσιν αὐτῆς ἑκατὸν ἀνηλώθησαν νομίσματα. διὰ τοῦτο ταύτῃ χρήσομαι τῇ ρέτεντίωνι, τουτέστι τῇ παρακατασχέσει, ἥτις λέγεται ob necessarias impensas.

Das heißt, wie es Reitz übersetzt hat: *forte enim futurum erat, ut domus corrueret, nisi in renovationem eius centum solidi impensi fuissent: idcirco hac* RETENTIONE *utar, quae dicitur* OB NECESSARIAS IMPENSAS.

Hierzu kommt nun noch, daß Justinian in dem §. 37. gerade von der neuen actio ex stipulatu de dote

50) Tom. II. pag. 835. nach der Reitz. Ausgabe.

repetenda ſpricht. Denn daß dieſelbe unter dem *de dote iudicio* zu verſtehen ſey, von welchem gleich in den erſten Worten dieſes §. die Rede iſt, erhellet deutlich aus der Paraphraſe des Theophilus, wo es heißt: *κινοῦσα κατ' ἐμοῦ τὴν ex stipulatu ἐπὶ ἀπαιτήσει τῆς προικὸς.* i. e. illa adversus me *ex stipulatu* agens ad repetitionem dotis. Von dieſer neuen Klage hatte Juſtinian auch ſchon vorher §. 29. gehandelt.

Betrachtet man endlich den Zuſammenhang der Worte in der L. un. §. 5. C. de R. U. A. noch etwas genauer, ſo kann es dem aufmerkſamen Leſer kaum entgehen, daß Juſtinian nur in Anſehung der nützlichen Verwendungen das ältere Recht, was bey der rei uxoriae actio Statt fand, habe abändern wollen. Man betrachte nur die Worte: utiles autem non aliter *in rei uxoriae actione* detinebantur, nisi ex voluntate mulieris. Hier referirt Juſtinian das ältere Recht, welches dem Manne bey der rei uxoriae actio auch in Anſehung der nützlichen Verwendungen das Retentionsrecht geſtattete, wenn ſie mit Willen der Frau waren gemacht worden[51]). Indem er nun zur Abänderung des ältern Rechts ſchreitet, gedenkt er der impensarum necessariarum nicht weiter, welches den von mir oben angegebenen Sinn der Worte: *Cum enim necessariae* QUIDEM *expensae dotis minuant quantitatem*, noch mehr beſtärckt, und den vollkommenſten Beweis giebt, daß in Anſehung derſelben nichts geändert werden ſolle. Nur in Rückſicht der nützlichen Verwendungen ſagt er: non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, *mandati actionem* a nostra auctoritate marito contra uxo-

51) S. Baldvini Justinianus Lib. II. §. Sed persequamur.

rem indulgeri: quatenus posset per hanc, *quod* UTILITER impensum est, adservari. Statt der Retention, soll also wegen der nützlichen Verwendungen, wenn sie mit Einwilligung der Frau gemacht worden sind, nur die actio mandati Statt finden. Warum Justinian sagt, mandati actionem *a nostra auctoritate* indulgeri, erklärt der griechische Scholiast Thaleläus [52]) auf folgende Art.

*Επειδὰν γὰρ δεσπότης ἐστὶν ὁ ἀνὴρ τῶν προικιμαίων πραγμάτων, καὶ περὶ τὰ ἴδια δαπανᾷ· πῶς δυνάται εἶναι μανδάτι ἐξ ὧν τις ποιεῖ περὶ τὰ ἴδια πράγματα; διὰ τοῦτο οὖν ὡς ἐξ αὐθεντείας ἰδίας τοῦτο εἶπεν ἡ διάταξις.* i. e. *Quoniam enim maritus rerum dotalium dominus est, et in rem suam impendit: quomodo potest esse mandati actio ex his, quae impendit in res suas? Itaque tanquam ex sua auctoritate hoc dicit constitutio.*

Cujaz [53]) meint auch, Justinian habe hier sua auctoritate jene Subtilität, als ob gar keine Klage Statt finde, aufheben wollen.

Allein richtiger scheint mir die Erklärung Anton Faber's [54]) zu seyn. Wegen der nützlichen Verwendungen stand dem Manne nach dem ältern Rechte keine Klage, sondern nur eine Retention zu [55]). Indem nun Justi-

52) *Basilica* Tom. IV. pag. 662. Schol. d.

53) Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. *Sileat.* de rei uxor. act. Vers. Ultima retentio.

54) De errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris Decad. LXXXII. Err. 4.

55) Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. X. not. a. pag. 76. behauptet daher nicht ohne Grund, daß Ex-

nian dem Manne, statt jenes Retentionsrechts, welches gegen die neue actio ex stipulatu nicht mehr so, wie ehemals gegen die rei uxoriae actio, Statt finden solle, die actio mandati giebt, wenn die nützlichen Verwendungen im Auftrage der Frau gemacht worden sind; so konnte er mit Recht sagen, mandati actionem *a sua auctoritate* marito contra uxorem indulgeri.

Sollte aber auch kein Auftrag von Seiten der Frau geschehen seyn, so soll ihm die actio negotiorum gestorum wegen dieser Verwendungen zu statten kommen.

Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß Justinian durch seine Constitution alle Retentionen bey der dos abschaffen wollte, welche der rei uxoriae actioni entgegengesetzt werden konnten. Dieß konnte nun aber auf die Retention wegen nothwendiger Verwendungen darum nicht gehen, weil diese die dos ipso iure mindern, ohne Unterschied, die Klage, mit welcher die dos zurückgefordert wird, sey eine actio bonae fidei, oder stricti iuris, z. B. die actio ex testamento, wenn der Mann die dos der Frau prälegirt hat [56]). Dieses läßt sich auch leicht erklären. Denn das Retentionsrecht wird mittelst der exceptio doli mali ausgeübt [57]), und

bonian in der *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* für retentionem, das Wort exactionem substituirt habe.

56) *L.* 1. *pr. et* §. 4. *L.* 2. *pr. L.* 5. *D. de dote praeleg.* §. 15. *I. de legatis.* Daß die in diesem Falle der Frau zustehende actio personalis ex testamento so gut, wie die actio ex stipulatu de dote des ältern Rechts, eine actio stricti iuris sey, hat keinen Zweifel. *L.* 5. §. 4. *L.* 6. *D. de in litem iurando.* S. Vinnius Commentar. ad §. 28. I. de actionib. nr. 5.

57) *L.* 27. §. 5. *D. de rei vindicat. L.* 48. *D. eodem. L.* 11. *D. de noxal. act. L.* 14. §. 2. *D. Communi di-*

diese Einrede wird der Billigkeit wegen gegen eine jede Klage gestattet, wenn es auch dem Beklagten an einer eigenen Klage nicht fehlt [58]). Ja die Regel: impensae necessariae dotem ipso iure minuunt, hat eine so uneingeschränkte Ausdehnung, daß sie auch sogar in dem Falle eintritt, wenn wegen einer unerlaubten Ehe die dos caduc geworden ist [59]).

Noch ist jedoch in Absicht auf den Ersatz nützlicher Verwendungen zu bemerken, daß wenn solche nicht im Auftrage der Frau gemacht worden sind, die actio negotiorum gestorum anders nicht begründet ist, als wenn die dos dadurch wirklich verbessert worden. Justinian setzt ausdrücklich voraus, ut *utiliter* res gesta sit [60]).

*vid. L.* 4. §. 9. *L.* 5. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* Ja die *L.* 21. *D. Soluto matrim.* sagt: Cum *doli exceptio* insit *de dote actioni*, ut ceteris bonae fidei iudiciis, potest dici, ut et Celso videtur, *inesse hunc sumtum actioni de dote.*

58) *L.* 21. *D. ad SCtum Trebell. L.* 7. *D. de doli mali excepti.* Besonders *L.* 8. *D. eodem*, welche Stelle gerade so, wie die *L.* 79. *D. de Verb. Signif.* aus Pauli *libro VI. ad Plautium* genommen ist. Hier sagt Paulus, und zwar gerade in Beziehung auf die nothwendigen Verwendungen, wie *Jo.* Goeddaeus in Comm. ad L. 79. pag. 691. bemerkt hat, dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Man vergleiche auch *L.* 173. §. 3. *D. de div. Reg. iuris.*

59) *L.* 61. *D. de ritu nuptiar.* S. *Franc.* Ramos *del* Manzano Comm. ad Leges Juliam et Papiam Lib. II. Cap. 20. nr. 15. sqq. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 192. sqq.)

60) *L. un.* §. 5. *C. de R. U. A.*

Eben dieses sagt auch Ulpian[61]). Hierdurch unterscheiden sich eben die nützlichen Verwendungen von den nothwendigen. Denn letztere vermindern die dos ipso iure, *etsi res male gesta est*, d. h. wenn sie auch ohne des Mannes Schuld die beabsichtigte Wirkung nicht gehabt haben, oder ohne Erfolg geblieben sind[62]).

Bey den nützlichen Verwendungen kommt es auch noch darauf an, daß, wenn sie nicht im Auftrage der Frau gemacht worden sind, der Aufwand nicht so übermäßig seyn dürfe, daß die Frau, aus Unvermögenheit des Ersatzes, ihre dos verlieren sollte[63]). Sonst würden die Grundsätze eintreten, welche in diesem Falle bey der Reivindication Statt finden[64]). Uebrigens, sofern die Frau die aufgewandten Kosten aus ihrem übrigen Vermögen zu ersetzen vermag, kommt es bey nützlichen Verwendungen nicht in Betrachtung, ob dieselben von Bedeutung sind, oder nicht[65]). Aller Ersatz derselben fällt jedoch weg, wenn der Mann die dos seiner Frau prälegirt hat[66]).

61) *L.* 5. § 3. *D. h. t.* Man s. auch Gentilis Comm. in Tit. de Verb. Signif. ad L. 79. cit. pag. 182.

62) S. oben §. 1281. S. 385. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 276. Not. 3. pag. 140.

63) *L.* 8. *D. h. t. L.* 79. §. 1. *D. de Verb. Signif.* S. Majansius cit. Diss. §. 13. pag. 436.

64) *L.* 38. *D. de rei vindic.* S. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad L. 8. h. t. pag. 357. und den 8. Th. dieses Commentars §. 592. S. 303. ff. Man s. auch Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XIV. Cap. 8. §. 6. Vol. VIII. pag. 239.

65) Nur bey den nothwendigen Verwendungen wird darauf gesehen. Bey der actio negotiorum gestorum kommt

Wenn nun gleich in der *L. un. §. 6. Cod. de R. U. A.* die Retention der dos wegen der nützlichen Verwendungen ausdrücklich untersagt ist; so wird doch von den meisten Rechtsgelehrten [67]) h. z. T. behauptet, daß wenn Geld zum Heyrathsgute gehört, in Ansehung derselben die Compensation Statt finde, theils weil auch dadurch die Schuld ipso iure vermindert wird, theils weil Justinian in der *L. ult. Cod. de compensation.* ausdrücklich verordnet, daß sie allen Klagen, sie seyen Real- oder

auf den Betrag nichts an. *L. 12. D. h. t.* S. Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad L. un. §. *Sileat.* de rei uxor. act. Vers. *Ultima retentio.*

66) *L. 5. D. de dote praeleg.* Marcianus *Libro III. Regularum.* Dote relegata, non est heres audiendus, si velit, — solutionem differre, — ob impensas alias, quam quae ipso iure dotem minuunt. Aliud est enim, *minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit:* aliud, pignoris nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est.

67) Hunnius Variar. Resolution. iur. Lib. IV. P. IX. Qu. 3. p. 1145. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. XIV. Cap. VIII. §. 8. Giphanius Explanat. difficilior. LL. Codicis ad L. un. §. *Taceat.* de R. U. A. pag. 418. *Ant.* Schultino ad *Ulpianum* Tit. VI. de dotibus Not. 28. in Jurisp. vet. Antej. pag. 584. Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. P. II. h. t. §. 10. Struk Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 452. Malblanc Princip. iur. Rom. sec. ord. Pandect. P. II. Sect. II. §. 648. u. a. m. Anderer Meinung sind jedoch Coccejı iur. civ. controv. h. t. Qu. un. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 465. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. §. 49. u. a.

Personal-Klagen, solle entgegengesetzt werden können, und nur allein die actio depositi ausgenommen ist.

§. 1283.

C. Impensae voluptuariae. Begriff, Wirkungen.

Die Verwendungen können endlich C. auch nur *impensae voluptuariae* seyn, wodurch die Substanz der dos weder gegen Untergang oder Deterioration gedeckt, noch der Ertrag derselben erhöhet worden, sondern welche blos zur Verzierung der Sache, und zum Vergnügen gemacht worden sind, mithin nur einen sinnlichen Reitz gewähren. Ulpian hat sie eben so erklärt.

*Fragm. Tit. VI, de dotibus.* §. 17 [68]). VOLUPTUOSAE sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret: neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis [69]) et picturis similibusque rebus.

*L. 7. pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXVI. ad Sabinum.* VOLUPTARIAE autem *impensae* sunt, quas maritus ad voluptatem fecit, et quae species exornant.

*L. 14. §. 2. h. t.* ULPIANUS *libro V. Regularum.* VOLUPTUOSAE sunt, balinea exstruere.

68) S. Hugo ius civ. Antejustin. Tom I. pag. 27.

69) *Viridiaria.* oder *viridaria*, oder auch *viridia* sind Orte, die mit grünen Bäumen bepflanzt sind, Lustgärten, insonderheit Alleen von hohen belaubten aber unfruchtbaren Bäumen. *L.* 13. §. 4. *D. de Usufr. L.* 8. §. 1. *D. de instructo vel instrum. leg. L.* 15. §. 1. *D. de Servitutibus.* S. GOTHOFREDUS ad L. 79. §. 2. D. de Verb. Signif. nr. 4. pag. 699.

Hiermit stimmt auch Paulus überein, welcher in der schon mehrmals angeführten *L.* 79. §. 2. *D. de Verbor. Signif.* sagt:

Voluptuariae sunt, quae speciem duntaxat exornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridia, et aquae salientes[70]), incrustationes[71]), loricationes[72]), picturae.

Sind jedoch solche impensae voluptuariae auf Dotalsachen verwendet, welche die Frau nach erfolgter Trennung der Ehe verkaufen will, und für welche der Kaufsliebhaber eben deswegen einen höhern Preis bezahlt; so nehmen diese Verwendungen die Natur der nützlichen an, wie ebenfalls Paulus sagt.

*L.* 10. *D. h. t.* Paulus *libro XXXVI. ad Edictum.* Quodsi hae res, in quibus impensae factae

70) Fontainen, welche auf eine künstliche Art in Häusern, zur Erfrischung und Vergnügen, in der Mitte eines grossen Zimmers oder Salons angelegt waren, wo sich das springende Wasser in einem Becken oder Bassin von Marmor oder Bronze sammlete. *L.* 11. *D. de supellect. leg.* S. Cujacius ad h. L. und Gerddaeus c. l.

71) Vertäfelungen von Marmor-Platten, d. h. wenn die Wände eines Saals mit Marmortafeln überzogen sind. Isidorus Lib. XIX. Cap. 13. sagt: Crustae sunt tabulae marmoris: unde et marmorati parietes et *crustati* dicuntur. Incrustationes igitur investiunt parietes crustis marmoreis, autore Hadriano Junio.

72) Lambrien von Tünchwerk und Strukturarbeit zur Verzierung der Wände. S. Vitruvius *de Architectura.* Lib. VII. Cap. 1. Cujacius Comm. ad Tit. Pand. de Verbor. Signif. h. L. 79. und Gerddeus c. l. pag. 700.

sunt, *promercales* fuerint [73]): tales impensae non voluptariae, sed utiles sunt.

Wegen der blos zierenden und zum Vergnügen gemachten Verwendungen steht nun dem Manne kein Forderungsrecht zu. Er erhält solches nicht einmal dann, wenn er dazu von der Frau beauftragt war. Ulpian sagt dieses ausdrücklich, mit Beziehung auf Aristo in einer Stelle, die aus desselben *Libro XXXVI. ad Sabinum* genommen ist.

*L.* 11. *D. h. t.* In voluptariis autem Aristo scribit, *nec si voluntate mulieris factae sunt, exactionem parere* [74]).

Der Mann hat blos das Recht sie wegzunehmen, im Fall die Trennung ohne Schaden geschehen kann, und die Sachen für den, welcher sie hinwegnimmt, einen Nutzen haben, sonst muß er sie der Frau überlassen, ohne allen Ersatz. Justinian sagt in der *L. un.* §. 5. *C. de R. U. A.*

Quodsi *voluptariae* sint, licet ex voluntate eius

73) S. Cujacius Commentar. in Libr. XXXVI. Pauli ad Edictum ad h. L. 10. (in *Operib. postum.* a Fabroto edit. Tom. II. pag. 598. sq.)

74) Statt *parere* schlägt *Jo. Guil.* Hoffmann in Observation. var. seu Meletemat. ad Pand. Diss. XXII. §. 10. die Lesart exactionem *patere* vor. Allein eine Aenderung der Lesart scheint mir hier ganz unnöthig zu seyn. Das Wort *parere* hat hier einen sehr treffenden Sinn, wenn man es in der Bedeutung von erzeugen, verschaffen, hervorbringen nimmt. Man subintelligire nur nach dem Worte scribit, das Wort *eas* mit einem Komma.

expensae: deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur.

Jedoch giebt es zwey Fälle, wo auch wegen der impensae voluptariae dem Manne die Klage nicht versagt wird, nämlich 1) wenn die Frau eine unschädliche Trennung derselben dem Manne nicht gestatten will. 2) Wenn sie auf solche Dotalsachen verwendet sind, welche die Frau verkaufen will, und eben derselben wegen um einen höhern Preis verkaufen kann. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

*L. 9. D. h. t.* Ulpianus *libr. XXXVI. ad Sabinum.* Pro *voluptariis impensis*, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, *exactionem patitur.* Nam si vult habere mulier, reddere ea, quae impensa sunt, debet marito: aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem. Ceterum, si non recipiant, relinquendae sunt: ita enim permittendum est marito auferre ornatum, quem posuit, si futurum est eius, quod abstulit [75]).

75) Baudoza Crstius liest hier: si *profuturum* est *ei*, quod *abstulerit.* Andere behalten zwar die florentinische Lesart bey, erklären aber das *futurum* durch profuturum, nämlich, was der Mann wegnimmt, müße auch für ihn Nutzen haben, sonst sey ihm das Hinwegnehmen nicht zu gestatten. So erklärt diese Worte die Glosse, und eben so Pothier in Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. XII. not. d. pag. 77. An der Richtigkeit der Lesart lassen uns die *Basilica* nicht zweifeln. In diesen heißt es Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 10. Const. 9. pag. 418.: εἰ γε δύναται περιαιρεθῆναι, καὶ μέλλει ἔχειν αὐτὸ, ἐπεὶ οὐ περιαιρεῖ αὐτὸ. i. e. *siquidem et tolli possit,*

*L.* 10. *D. h. t.* Quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint: tales impensae non voluptariae, sed utiles sunt.

*et eius futurum sit: ceterum non tollet.* Jansius in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 178. erklärt dieß so, daß das, was der Mann hinweggenommen, nicht etwa gerade deswegen, weil es nun von der Hauptsache getrennt ist, von einem Dritten vindicirt werden könne, mithin die Absonderung dem Manne nichts helfen würde, weil er das Hinweggenommene nicht behalten darf. Er denkt sich den Fall, daß z. B. dazu, was zur Verzierung des Hauses verwendet worden, eine fremde Materie genommen sey, die nun der Eigenthümer vindiciren kann. Er meint jedoch die Negation οὐ müsse in den Basiliken ausgestrichen, und die Stelle nach einer richtigern Dispunction so gefaßt werden: *Potest mulier vel impensas voluptatis causa in rem dotalem factas restituere, vel permittere viro tollere id, quod vir struxerit, si quidem et possit tolli, et sublatum futurum sit viri*, ita scilicet, ut non possit vindicari. Nicht undeutlich deutet dahin auch der griechische Scholiast Sch. g. pag. 421. welcher sagt: τότε δὲ ὁ προσέθηκεν δύναται ἀφαιρεῖν ὁ ἀνὴρ ὅτε μέλλει σώζεσθαι παρ' αὐτῷ ἀφαιρουμένῳ· εἰ γὰρ μὴν ἀφανίσαι βούλεται τὸ προστεθὲν, ἐπειδὴν αὐτὸς οὐδὲν ὠφελεῖται, ἀλλὰ καταβλάπτει τὴν γυναῖκα, οὐ συγχωροῦμεν αὐτῷ. *Tunc autem maritus, quod adiecit, potest auferre, cum apud ipsum tollentem salvum futurum est, nam si, ut depereat, tollere vult, quia nec ullum commodum sentit, et exinde mulier damnum patitur, hoc ei non permittimus.* Aus allem ergiebt sich indessen soviel, daß die Hinwegnahme der Verwendung dem Manne nur dann gestattet wird, wenn sie für die Frau unschädlich ist, und für den Mann von Nutzen seyn kann.

Denn in dem letztern Falle setzt das Gesetz die impensae voluptuariae den nützlichen gleich, in dem erstern Falle aber hat die Frau selbst durch Verweigerung der Wegnahme erklärt, daß sie die Verwendungen für nützliche halte [76]). Hier muß also eine der Klagen gegen die Frau statt finden, welche wegen der nützlichen Verwendungen dem Manne gegeben werden.

Da Justinian diese Gesetze durch seine Constitution nicht aufgehoben hat, welche überhaupt älter, als die Pandecten, ist; so hat Anton Faber [77]) wohl mit Unrecht seinen Zorn gegen den Tribonian ausgelassen, den er hier einmal über das andere einer Ungereimtheit beschuldiget. Es geziemt sich überhaupt nicht über die Gesetze, welche einmal als noch gültig anerkannt sind, zu ertheilen, sondern nach denselben zu sprechen.

## §. 1283. a.

### Allgemeine Schlußbemerkung.

Die bisher vorgetragenen Grundsätze setzen nun eine wahre dos voraus. Da nun aber ohne eine gesetzmäßige Ehe keine dos denkbar ist [78]); so kann von diesen Grundsätzen kein Gebrauch gemacht werden, wenn entweder eine geschlossene Ehe nach den Gesetzen als eine solche gar nicht bestehen kann [79]), oder noch gar keine Ehe geschlossen wor-

76) S. Gorddaeus ad L. 79. §. 2. D. de V. S. nr. 2. pag. 698.

77) De errorib. Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. LXXXII. Err. 4.

78) *L.* 76. *in fin. D. de iure dot. L.* 20. *C. de donat. ante nupt.*

79) *L.* 3. *D. de iure dot.* S. Hasse Güterrecht der Ehegatten 1. B. §. 70. S. 242. ff.

den, sondern noch vor deren Eingehung dem Bräutigam Sachen gegeben worden sind, die künftig dos werden sollen, wenn die Ehe nachher nicht erfolgt. Denn so wenig hier die actio ex stipulatu de dote, sondern eine bloße condictio, entweder sine causa [80]), oder ob causam datorum, causa non secuta [81]), Statt findet; eben so wenig können hier die vorgetragenen Grundsätze vom Ersatze der impensarum in res dotales factarum zur Anwendung kommen, sondern es treten hier die allgemeinen Regeln ein, so wie sie bey jedem andern bonae oder malae fidei possessor in Rücksicht der Verwendungen Statt finden [82]). Hierher gehört, was Paulus *libro XXXVI. ad Edictum* sagt, woraus die *L.* 23. *D. Soluto matrimon.* genommen ist.

Et si quid in dotem impensum est, nec a muliere reddetur, *per doli mali exceptionem* servabitur.

Es bezieht sich dieser Ausspruch des Paulus auf den Fall, welchen Ulpian in der vorhergehenden *L.* 22. §. *ult.* vorgetragen hat, nämlich wenn die Frau aus Irrthum einen Sklaven, statt einer freien Person, geheyrathet hat. Hier sagt Ulpian: concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri. Die Frau klagt hier gegen den Herrn ihres Mannes mit der actio de peculio, dieser kann aber abziehen, was ihm der Sklave

80) *L.* 5. *D. de condict. sine causa.*

81) *L.* 7. *pr. D. de condict. causa data L.* 7. §. 3. *L.* 59. §. 2 *D. de iure dot.*

82) S. *Franc.* Duarenus in h. Tit. ad L. 23. Sol. matrim. *Oper.* pag. 280. und Valett angef. Abhandl. §. 31. S. 51. f.

ſchuldig iſt, und was der Sklave auf die dos verwendet hat, weshalb ihm, wenn die Frau den Erſatz dieſer Verwendungen verweigert, die exceptio doli mali geſtattet wird [83]).

83) S. *Jac.* Cujacii Commentar. in Libr. XXXVI. *Pauli* ad Edictum ad L. 23. D. Soluto matrim. (*Oper. postumor.* a Fabroto editor. Tom. II. pag. 592. sq.)

# Lib. XXV. Tit. II.

## De actione rerum amotarum.

### §. 1284.

Begriff der Klage. Edict des Prätors. Verschiedene Ansichten der ältern Röm. Rechtsgelehrten. Erläuterung der *L. 1. h. t.*

So wie bey der alten rei uxoriae actio retentiones ex dote wegen der Verwendungen Statt hatten; so traten auch dergleichen Retentionen wegen Entwendungen unter Ehegatten, (propter res amotas) ein. Nach der neuern Constitution des Kaisers Justinian sollen aber auch diese Retentionen bey der actio ex stipulatu nicht mehr Statt finden, weil dem Ehemanne die actio rerum amotarum zu Gebote stehe [84]). Daher die Verbindung dieses Titels mit dem vorigen. Unter dem *iudicium*, oder *actio rerum amotarum* wird nun diejenige Personalklage verstanden, welche nach dem Edict des Prätors eigentlich in dem Falle Statt findet, da ein Ehegatte dem andern während der Ehe, und zwar in Rücksicht einer vorhabenden Ehescheidung, Etwas von seinen Sachen entwendet hat, und

84) *L. un. §. 5. Cod. de rei ux. act.*

gleich nach erfolgtem Divortium von dem Bestohlnen gegen den Entwender auf vollständigen Ersatz angestellt werden kann [85]). Diese Klage hat der Prätor in seinem Edict eingeführt. Die Kaiser Diocletian und Maximian sagen in der *L. 2. Cod. h. t.*

Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum *Edicto perpetuo* permittitur [86]) actio. Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.

Die verschiedenen Versuche von Ranchin, Noodt, und Westenberg, das Edict selbst wiederherzustellen, findet man, nebst den dahin gehörigen Stellen der Pandecten und des Codex, in Abraham Wieling's äuserst seltnem Werke, welches unter dem Titel: Fragmenta Edicti perpetui in usum lectionum publicarum zu Franeker 1733 4. erschienen ist, S. 153 f. Nach

85) Man vergl. hier vorzüglich *Jac.* Cujacii Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 21. Libri V. Rerum amotarum. *Reinh.* Bachovii echtii Tract. de Actionibus Disp. V. §. 7. — 12. *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 53σ. sqq.) und *Franc.* Ramos del Manzano Praelectio ad L. 25. D. de act. rer. amotar. (in *Ger.* Meermani *nov. Thes. iur. civ. et canon.* Tom VII. pag. 206 — 211.)

86) Statt permittitur, wie alle Ausgaben, welche ich verglichen habe, lesen, müsse, sagt Cujaz a. a. O. *promittitur* gelesen werden. Promittit enim Praetor actiones in suo Edicto, easque dat postulantibus. Allein das Wort permittitur kommt auch *L. un. C. de alienat. iud. mut caus. facta* vor.

der Restitution des vortrefflichen Noodt's [87]), dessen Bemühungen in dem Studium des Edicts nach dem Urtheil eines Haubold's [88]) den Fleiß der übrigen bey weitem übertroffen haben, lautete das Edict folgendermassen.

*Rerum amotarum si agetur, quod uxor res mariti, aut maritus res uxoris, divortii causa, amovisse dicetur, et divortium secutum erit, iudicium dabo.*

Die alten römischen Rechtsgelehrten waren darüber nicht einig, wie eine solche Entwendung unter den Ehegatten anzusehen sey? Wir haben hier ein merkwürdiges Beyspiel von der Art, daß selbst zwischen den Anhängern derselben Secte in dem nehmlichen Puncte Zwiespalt herrschte. Zwar waren darin alle einig, daß die beym Diebstahl gestattete actio furti nicht Statt finde, und daher für diesen Fall eine besondere Klage habe eingeführt werden müssen. Warum aber die actio furti hier nicht gestattet werde, dieß ist der Punct, worüber selbst die Rechtsgelehrten derselben Schule nicht einerley Meinung waren. Paulus, aus dessen *libro VII. ad Sabinum* die *L.* 1. *D. h. t.* genommen ist, belehrt uns darüber ausführlich. Er sagt:

Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit: quia non placuit, cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut

87) S. Desselben Commentar. ad Dig. h. t. Princ. (*Operum* Tom. II. pag. 530.)

88) S. Desselben Aufsatz über die Versuche, das Prätorische Edict herzustellen, (in Hugo's civilist. Magazin 2. B. S. 309.)

Nerva [89]), Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto [90]) quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure: in qua sententia et Julianus rectissime est [91]).

Einige der ältern Rechtsgelehrten behaupteten also, eine Entwendung unter Ehegatten sey nicht einmahl ein furtum zu nennen. Für diese Meinung werden Nerva und Cassius angeführt. Nerva war Labeo's Nachfolger, auf welchen Proculus folgte, von dem die Schule des Labeo den Namen der Proculianer [92]) erhielt. Cassius hingegen folgte auf Massurius Sabinus, den Schüler des Capito, von welchem desselben Schule den Namen der Sabinianer hat, sich aber auch vom Gajus Cassius benennt [93]). Also zwey Rechtsgelehrten von

89) Mehrere alte Ausgaben lesen Nerva *et* Cassio; z. B. Haloander, Baudoza, Miräus, Merlin u. a. Allein Paulus hat die copula zwischen den Namen der Rechtgelehrten öfters weggelassen. Man sehe z. B. die *L.* 3. §. 4. *h. t. Jo. Guil.* Hoffmann in Observationib. var. s. Meletemat. ad Pand. Diss. XXII. §. 10. meint, man könne auch mit Hülfe der Gemination Nerva *ac* Cassio lesen.

90) Die meisten lesen hier *furtum*. Z. B. Haloander, Baudoza, Merlin, Miräus, u. a.

91) S. *Petri de* Velasco Concertationes inter Proculum et Cassium ad L. 1. D. Rerum amotar.

92) Nicht Proculejaner. S. Dirksen über die Schulen der römischen Juristen. §. 3. Not. 45. (in Desselben Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. S. 29.)

93) *L.* 2. §. 47. *D. de Origine iuris.*

zwey verschiedenen Secten, der eine ein Proculianer, der andere ein Sabinianer, stimmten hier mit einander überein. Sie sagten, die societas vitae, welche in der Ehe enthalten sey, bringe es mit sich, daß die Frau, (wohl in keiner andern Beziehung, als in Rücksicht des ehelichen Vermögens) gewissermassen als domina zu betrachten sey [94]). Ein solches Verhältniß lasse unter Ehegatten kein furtum Statt finden. Man ist sehr geneigt, dieses nur auf eine Art der römischen Ehe zu beziehen, nämlich auf diejenige, welche mit der conventio in manum verbunden war [95]). Denn die Frau trat durch eine solche Ehe in das Verhältniß einer filiafamilias zum Hausvater. Man sagt, sie werde ja nachher vom Proculus ausdrücklich eine filia genannt. Denn der Grund des Sabinus und Proculus: furtum quidem eam facere, *sicut filia patri facit*, deute offenbar auf das Recht der Ehe per coëmtionem hin. Allein dazu ist eben so wenig Grund vorhanden, als wenn man den vom Modestin gegebenen Begriff von nuptiae, wenn er ihnen eine divini et humani iuris communicatio zuschreibt [96]), blos von einer solchen strengen Ehe verstehen wollte [97]). Die Ehe mit Conventio in manum war schon zu Tacitus Zeiten selten, und zu den Zeiten des

94) Auch der Apostel Paulus I. Thimoth. *V.* v. 14. braucht von der Frau den Ausdruck *οἰκοδεσποτεῖν*.

95) S. *Jo.* Suarez *de* Mendoza Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib. II. Cap. III. Sect. III. nr. 16. (in *Thes. Meerman.* Tom. II. pag. 125.) *Franc.* Ramos del Manzano Praelect. cit ad L. 25. D. h. t. §. 2. (in *Thes. eod.* Tom. VII. pag. 207.) u. a. m.

96) *L.* 1. *D. de Ritu nupt.*

97) S. den 23. Th. dieses Commentars §. 1205.

Kaisers Gordianus gewiß noch seltner, wo nicht ganz verschwunden [98]). Dennoch setzt derselbe den Grund, warum die Erben des verstorbenen Mannes gegen die Frau die accusatio expilatae hereditatis nicht anstellen können, darin, weil dieselbe als eine socia rei humanae atque divinae in das Haus des Mannes aufgenommen werde [99]). Diese societas vitae wurde sogar auch noch nach dem Tode des Mannes, vermöge einer rechtlichen Fiction, als fortdauernd angenommen, so lange desselben Erbschaft noch nicht angetreten war; weil der Nachlaß gleichsam die Person des verstorbenen Mannes vorstellte, und für ein noch fortdauerndes Eigenthum desselben gehalten wurde [100]). Darum konnte die Frau wegen der expilata hereditas eben so wenig angeklagt, als wegen einer Entwendung actione furti belangt werden [1]). Tryphoninus, der noch vor Alexander Severus lebte, hat den umgekehrten Fall, wenn die Entwendung von dem Manne geschehen ist, und doch setzt auch dieser Rechtsgelehrte den Grund der gegen den Mann gestatteten rerum

98) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 668. Z. 18 — 22 und S. 818 Z. 21 — 24 (der 8. Aufl.)

99) *L. 4. C. de crimine expilatae hereditatis.* (IX. 32.) S. *Ge. D'* Arnaud Variar. Conjecturar. iuris. civ. Lib. II. cap. 19. pag. 342. seq.

100) *L. 61. D. de acquir. rer. dom. L. 13. §. 2. D. ad Leg. Aquil. L. 9. Cod. Depositi.*

1) *L. 5. D. Expilatae hereditatis.* Hermogenianus *Libr. II. Juris epitomar.* Uxor *expilatae hereditatis crimine* idcirco non accusatur, quia nec *furti* cum ea agitur. S *Jos.* Finestres *et* de Monsalvo Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros VI. ad h. L. §. 4. pag. 652.

amotarum actio ausdrücklich *in praecedentis societatis vitae causa* [2]). Hier kann doch wohl keine conventio in manum angenommen werden, deren Wirkung war, daß die Frau so wenig, als eine filiafamilias, etwas Eigenes für sich haben konnte, sondern alles, was sie während der Dauer dieses Verhältnisses erwarb, ihr Mann durch sie, gleichwie ein Paterfamilias durch seinen Sohn oder die Tochter, erwarb [3]). Mit Recht erklärt daher Hasse [4]), die Behauptung derjenigen, welche die hier von Paulus angeführte Meinung des Nerva und Cassius blos auf die römische Ehe mit conventio in manum beziehen wollen, für ganz willkürlich. Beyde Römische Juristen läugneten also, daß die Entwendung unter Ehegatten ein eigentliches furtum zu nennen sey.

Andere hingegen behaupteten, die Frau begehe durch Entwendung während der Ehe allerdings ein furtum. Es finde nur die actio furti gegen sie nicht Statt. Als Vertheidiger dieser Ansicht werden Sabinus und Proculus genannt, gerade diejenigen, von denen die beyden Secten der alten römischen Juristen ihren Namen hatten. Ihr Grund war, weil auch die filiafamilias ein furtum begehe, wenn sie ihren Vater bestiehlt. Wenn Paulus hier sagt: sed furti non esse actionem *constituto iure*; so wollen einige unter dem ius constitutum das Gesetz des Romulus verstehen, nach welchem die Frau, welche in manum mariti gekommen ist, an dem Vermö-

2) *L.* 52. *D. de re iudicata.*

3) S. Hasse Güterrecht der Ehegatten. 1. B. §. 27. S. 85. und den 24. Th. dieses Commentars. §. 1129. S. 334. f.

4) Güterrecht d. Ehegatten §. 4. S. 9.

gen des Mannes, und den sacris privatis desselben Antheil haben sollte; in dessen Gemäßheit sie eben so Herrin im Hause gewesen wäre, wie der Mann Herr. So habe Dionys [5]) dieses Gesetz aufbehalten. Dieß ist besonders des Ramos Del Manzano [6]) Ansicht. Da nun in unserm Fragment die Hausfrau mit der filiafamilias in eine Parallele gesetzt wird, so hält er dieß für einen genügenden Beweis, daß sämmtliche Rechtsgelehrten, deren verschiedene Meinungen hier angeführt werden, eine Ehe mit conventio in manum vorausgesetzt hätten. Allein Pothier [7]) erklärt vielmehr das ius constitutum, durch ius positivum, ius singulare. Ludwig Chatondas [8]) bemerkt mit Andreas Alciatus [9]), das ius constitutum bezeichne hier ein solches Recht, quod non secundum regulas iuris communis inducitur, sed singulari aliqua ratione, quam usus prudentium approbaverit simul et statuerit. Mit dieser Erklärung stimmt nun auch die Erklärung des griechischen Scholiasten überein, welcher in den Basiliken [10]) sich folgendermassen äußert:

Τὸ τῆς ῥέρουμ ἀμοτάρουμ δικαστήριον παρὰ κανόνα καὶ παρὰ τὴν ἀκρίβειαν ἐπενοήθη κατὰ τῆς

5) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 95. der Sylburg. Ausgabe.

6) Praelect. cit. ad L. 25. D. h. t. §. 2. pag. 206.

7) Pandect. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. II. Not. c. pag. 77.

8) In Digestis a se editis *Antwerpiae* 1575. f. ad L. 1. h. t. pag. 303.

9) Parergor. Lib. VII. cap. 26.

10) *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Schol. a. pag. 430.

*γενομένης ποτὲ γαμετῆς. ἐπειδὰν ἤρεσε μὴ δυνάσθαι κινεῖσθαι κατ' αὐτῆς ἡ φούρτι.* i. e. *Rerum amotarum iudicium contra regulas et contra rationem iuris introductum est adversus eam, quae uxor fuit; quia placuit, furti adversus eam agi non posse.*

Dieser Ansicht stimmte denn auch Julian bey, dessen Meinung nicht minder Paulus billiget, und sie ward die gemeine Meinung aller übrigen Rechtsgelehrten. Man unterstützte sie vorzüglich mit dem Grunde, weil auch eine Tochter und überhaupt Kinder, die noch in parentum potestate sind, den Vater bestehlen könnten, und doch die actio furti gegen sie nicht Statt finde. Dieses wird auch als ein ganz allgemeiner und unbestrittener Satz in den Institutionen [11]) aufgestellt. Der Grund, warum die actio furti nicht Statt findet, ist jedoch bey beyden verschieden.

Bey Entwendungen unter Ehegatten versagt das Recht die beym Diebstahl gestattete Klage zur Ehre der Ehe, wie Gajus sagt in der *L.* 2. *D. h. t.*

Nam *in honorem matrimonii* turpis actio advérsus uxorem negatur.

Aus Achtung für die Ehe mußte daher eine gemilderte Klage eingeführt werden. Man nannte sie *rerum amotarum actio*, so wie die Entwendung selbst nicht furtum, sondern *rerum amotio*. Justinian [12]) sagt: maritus quidem *propter matrimonii pudorem*, non furti, sed rerum amotarum actionem habeat.

Bey Kindern aber, die noch in väterlicher Gewalt

11) §. 12. *I. de obligationibus, quae ex delicto nascunt.*

12) *L. ult.* §. 4. *in fin. Cod. de* furtis. (VI. 2.)

sind, führt Paulus in einer Stelle, die aus demselben *libro VII. ad Sabinum*, wie unsere *L. 1. h. t.* entlehnt ist, die Einheit der Person, vermöge welcher auch aus keinem andern Grunde eine Klage unter solchen Personen Statt finden kann [13]), als den ganz natürlichen Grund an, warum auch von keiner actio furti die Rede seyn könne. Er sagt nämlich in der *L. 16. D. de furtis*:

Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est: quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

Und Ulpian sagt gleich in der folgenden *L. 17. D. eodem.*

Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a Veteribus prodita est.

Diese Verschiedenheit der Meinungen, welche nach der Erzählung des Paulus bey der hier vorgekommenen Frage, warum man bey Entwendungen unter Ehegatten die beym Diebstahle sonst gestattete Rechtsverfolgung versagt habe, zwischen den Anhängern derselben Secte herrschte, ist wohl ein sicheres Merkmal, daß hier kein Streitsatz der beyden Schulen vorliege, sondern blos von einer Privatmeinung einzelner Sectirer die Rede sey [14]). Gleich-

13) *L. 4. D. de iudiciis.*

14) S. Heinr. Ed. Dirksen Abh. über die Schulen der römischen Juristen. §. 3. (in Desselben Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts. Leipzig 1825. S. 36 — 38.)

wohl haben viele [15]), denen eine solche Unterscheidung von Privatmeinungen der vorzüglichsten Sectirer und den eigentlichen Lehrsätzen ihrer Schule, der doch offenbar in der Natur der Sache liegt [16]), nicht einleuchten will, auch hier ein Beyspiel von Schulcontroversen zu finden vermeint. Cujaz [17]) hat sogar behaupten wollen, es sey eine Verwechselung der Schulen vorgegangen. Er trägt daher kein Bedenken, die Namen der hier genannten Häupter ihrer Schule zu versetzen, und zu emendiren. Es soll nämlich statt: ut *Nerva* et *Cassio*, vielmehr: ut *Nerva* et *Proculo*, und nachher statt: ut *Sabino* et *Proculo* richtiger: ut *Sabino* et *Cassio* gelesen werden [18]). Marquard Freher [19]) hat ihm zwar beygestimmt. Allein die Meinung, daß hier von einer Controverse der beyden Schulen die Rede sey, ist schon längst von andern [20]) widerlegt

15) *Em.* Merillius Observation. Lib. I. cap. 4. *Gotfr.* Mascovius de Sectis Sabinianor. et Proculianor. in iure civ. Cap. IX. §. 13. pag. 194. sq. und *Car. Frid.* Walch ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 168. Nr. VIII.

16) S. Dirksen a. a. O. Einleitung §. 3. S. 25.

17) Not. ad Institution. Lib. II. §. 25. de Rerum divis. und Observation. Lib. XXVI. Cap. 11.

18) Ein gleiches Verfahren findet man Observation. Lib. XXV. Cap. 23. wo er in der *L.* 1. §. 14. *D. ad L. Falcid.* statt: in qua specie et Julianus Proculo adsensit, lesen will: Cassio adsensit, weil Julian ein Cassianer war. S. Dirksen's angef. Beyträge in den Zusätzen. S. 325. zu S. 25. Not. 61.

19) Παρέργων seu Verisimilium Lib. I. Cap. 5. in fin. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. I. pag. 868.)

20) S. *Jo. Lud.* Conradi Observation. iuris civ. Vol. I. (*Marb.* 1782. 8.) Cap. XVI. pag. 120. sq.

worden, und wollte man alle die Stellen in den Pandecten emendiren, wo in einzelnen Puncten die Anhänger derselben Secte verschiedener Meinung waren, und einige derselben der andern Schule beytraten, deren nicht wenig sind [21]); so würde des Emendirens kein Ende seyn. Mit Recht haben daher diesen offenbaren Mißgriff schon Andere [22]) gerügt.

### §. 1284. a.

**Erforderniſſe der actio rerum amotarum, Actio rerum amotarum utilis.**

Es ist jedoch nöthig, die Natur der actio rerum amotarum noch etwas genauer zu zergliedern. Die erste wesentliche Bedingung derselben ist, daß die Entwendung müsse der Ehescheidung wegen geschehen seyn. Die Kaiser Diocletian und Maximian sagen ausdrücklich in der oben angeführten *L. 2. C. h. t.*

Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, *rerum amotarum* Edicto perpetuo permittitur *actio*.

21) Man sehe Dirksen's angef. Abh. Einleit. §. 3. Not. 85. in den Beiträgen S. 37. f. und *Jo.* Mercerii Conciliator. (*Duisb.* 1712. 8.) pag. 115. sq.

22) *Lud.* Charondas ad L. 1. D. h. t. *Dion.* Gothofredus ad eand. L. 1. h. t. not. f. *Jo.* Bertrandus Βιοι νομικων sive de Jurisperitis. Lib. I. Cap. VII. §. 15. (in Vitis tripartitis ICtor. veterum a *Jo. Christoph.* Frank edit. (*Halae* 1718. 4.) pag. 74. und *Bern. Henr.* Reinold ad *Mercerii* Conciliatorem pag. 115. Not. 175. Man vergl. auch noch über die *L. 1. h. t. Jo. Lud.* Conradi Jus P. R. civile e Digestis Imp. Justiniani (*Lipsiae* 1759. 8.) h. Tit. §. 1. pag. 333 sq.

Hierauf geht auch der Eid, den der Kläger deferiren kann: *Nihil* DIVORTII CAUSA *amotum esse*, von welchem Ulpian spricht, *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* [23]).

Der Ehescheidung wegen geschieht aber die Entwendung nicht nur, wenn der Ehegatte bey der Entwendung eine Ehescheidung beabsichtigte, sondern auch wenn die Entwendung während der Ehe zwar ohne diese Absicht geschahe, der Ehegatte aber nachher bey der Ehescheidung die entwendeten Sachen verheimlichet hat. So erklärt sich darüber Ulpian *libro XXX. ad Edictum*, woraus die *L.* 17. *h. t.* genommen ist, dessen §. 1. folgendermassen lautet:

Res amotas dicimus non solum eas, quas mulier amovit, *cum divortii consilium inisset*, sed etiam eas, quas *nupta* amoverit, *si, cum discederet, eas celaret.*

Hierher gehört auch, wenn ein Ehegatte den andern aus dem Hause getrieben, und den ausgetriebenen Ehegatten bey dieser Gelegenheit bestohlen hat; oder ein Ehegatte hat zur Zeit des Divortiums Diebe ins Haus eingelassen, die den andern Ehegatten haben bestehlen müssen, und es kommt in diesem Falle nicht darauf an, ob jener die gestohlnen Sachen erhalten hat, oder nicht. Beyde Fälle hat Ulpian, wie folgende Stellen aus seinen *libris ad Edictum* beweisen.

*L.* 11. *D. h. t.* MARCELLUS *libro octavo Digestorum* scribit, sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, et res amoverunt [24]), *rerum amotarum* teneri.

23) S. auch *L.* 28. §. 7. *D. de iureiur.*

24) Statt amoverunt lesen einige, als Baudoza, Mer-

*L.* 19. *D. eod.* „Sed et si *divortii tempore* fures in domum mariti induxerit, et per eos res amoverit, ita ut ipsa non contrectaverit, *rerum amotarum iudicio* tenebitur. Verum est itaque, quod Labeo scripsit, uxorem *rerum amotarum* teneri, etiam si ad eam res non pervenerit.

In dieser Beziehung sagt daher Ulpian[25]): rerum amotarum actionem non solere, nisi *ex divortio*, oriri; und an einem andern Orte[26]): competere *divortii causa*[27]).

Geschähe die Entwendung in Erwartung eines nahen Todes, (mortis causa) so kann, wenn der Tod erfolgte, der Erbe des bestohlnen Ehegatten diese Klage nicht anstellen. Dieser muß die hereditatis petitio, oder die actio ad exhibendum, oder die condictio ex iniusta causa gebrauchen, wie Paulus *libro VII. ad Sabinum* lehrt, woraus die *L.* 6. §. 5. *D. h. t.* genommen ist.

Sed si *morte mariti* solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petione, vel ad exhibendum actione eas consequi poterit: Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent.

lin, und Beck *amoverit*, Haloander und Mirăus *amovit*.

25) *L. ult.* §. 2. *D. de divortiis.*

26) *L.* 17. *pr. D. h. t.*

27) S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Igitur, ut locum habeat, pag. 531.

Eben so sagt Julian in der L. 21. §. 2. *D. h. t.* welche aus desselben *libro XIX. Digestorum* genommen ist:

Si mulier *mortis causâ* res amoverit, deinde mortuus est maritus: hereditatis petitione, vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id, quod amotum est.

Ward aber die Ehe durch den Tod nicht getrennt, sondern der bestohlene Ehegatte genas wieder, so wird dem Bestohlnen, wenn die Ehe doch durch Divortium aufgehoben worden ist, die *actio rerum amotarum utilis* gestattet, wie Paulus *libro XXXVII. ad edictum* sagt. In der daraus entlehnten Stelle, *L. 21. pr. D. h. t.* heißt es nämlich:

Si mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus, divortisset, si convaluerit vir, *utilis rerum amotarum actio ei danda est.*

Der Grund, warum in diesem Falle der Bestohlne sich dieser Klage nicht direct bedienen könne, beruhet darin, weil hier die Entwendung nicht der Ehescheidung wegen geschahe, sondern auf den Todesfall. *Utiliter* aber kommt ihm die Klage darum zu, weil der Ehegatte die Sachen zur Zeit des nachher erfolgten Divortiums verheimlichet hat, welche derselbe wegen des vermuthlich nahen Todesfalles entwendet hatte. War also auch zwar anfangs die Entwendung nicht divortii causa geschehen, so hatte doch in dem Falle, von welchem Paulus redet, die Frau nachher sich von dem Manne getrennt, und ihm die entwendeten Sachen nicht wieder zurückgegeben [28]).

28) S. *Jac. Cujacii* Commentar. in Libr. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5. D. h. t. (*Oper. postumor.* a Fa-

Allein warum findet denn in dem Falle, wenn die Entwendung mortis causa geschahe, und der Tod des bestohlnen Ehegatten wirklich erfolgte, weder die actio rerum amotarum directa, noch utilis Statt? Man giebt folgenden Grund an. Geschieht die Entwendung der Ehescheidung wegen, so hat der entwendende Ehegatte feindselige Absichten. Er bestiehlt den andern, um ihm zu schaden. Schon die Absicht der Ehescheidung erklären die Gesetze für feindselig [29]). Die Absicht zu stehlen ist also hier offenbar. Hat hingegen die Frau, während der Krankheit ihres Mannes, Sachen auf die Seite geschafft, weil sie an seiner Wiedergenesung zweifelte; so that sie es nicht, um ihrem todtkranken Mann zu schaden. Denn sie würde ihm nichts entwendet haben, wenn sie gewußt hätte, daß er wieder genesen würde. Sie hatte also hier nicht so, wie in jenem Falle, die Absicht einen Diebstahl zu begehen, da sie ihrem Manne, der auch nachher wirklich starb, schon für so gut, als todt hielt. Sie hat sich aber auch nicht an seiner Erbschaft vergriffen, weil damals der Mann noch lebte, und also noch keine Erbschaft existirte, und überdem an einer noch nicht angetretenen Erbschaft nicht einmal ein furtum begangen werden kann [30]). Daher geben die Gesetze [31]) die Klage des Diebstahls auch nicht

BROTO editor. Tom. I. P. I. pag. 302.) und *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. cit. loc. pag. 531.

29) *L.* 78. §. 2. *D. de iure dot.* *L.* 39. *D. de poenis.*

30) S. CUJACII Comm. cit. ad L. 5. D. h. t. Tom. I. *Oper. postum* pag. 303. und NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 531.

31) *L.* 6. §. *ult. D. h. t.* PAULUS *libro VII. ad Sabinum.* Quod si mortuo viro amoverit, non fecit furtum: quia rei hereditariae nondum possessae non fit furtum:

einmal in dem Falle, wenn die Entwendung erst nach dem Tode des Ehegatten an der noch nicht angetretenen Erbschaft geschehen ist, sondern sie gestatten dem Erben nur die rei vindicatio, oder die hereditatis petitio.

Allein der Grund des Unterschiedes, den die Gesetze bey der actio rerum amotarum machen, scheint mehr historisch, als moralisch zu seyn, wie schon Franz Ramos Del Manzano [32]) gegen jene Ansicht erinnert hat. So wie die rei uxoriae actio ursprünglich blos für den Fall der Ehescheidung war eingeführt worden, weil für den Todesfall, so lange noch Ehescheidungen unerhört waren, und die Ehen durch conventio in manum geschlossen wurden, keine Klagen nöthig zu seyn schienen [33]); so scheint auch die Neuheit der Ehescheidung die Nothwendigkeit der actio rerum amotarum veranlaßt zu haben [34]), weil wenn eine Entwendung aus Besorgniß eines nahen Todes unter Ehegatten geschahe, keine Klage nöthig zu seyn schien, indem schon das ältere Recht durch die hereditatis petitio für die Erben des verstorbenen Ehegatten gesorgt hatte [35]). So bildete sich dann der Rechtssatz, der uns aus Marcians *libro III. Regularum* in den Pandecten [36]) aufbe-

ideoque aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient.

32) Praelect. ad L. 25. D. h. t. §. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. VII. pag. 208.)

33) S. *Pet. de* Toullieu Disp. II. de iure nuptarum Cap. I. (in Fellenberg *Jurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 248.)

34) Boethius *in Topica Ciceronis.*

35) *L.* 6. §. 5. *L.* 22. §. 1. *D. h. t.*

36) *L.* 25. *D. h. t.*

halten worden ist, daß die actio rerum amotarum nur dann Statt finde, wenn die Entwendung unter Ehegatten divortii causa geschehen ist, ja das Vorhaben der Ehescheidung ist eine so wesentliche Bedingung dieser Klage, daß auch in dem Falle, da die Entwendung mortis causa geschehen ist, und die actio rerum amotarum dem wiedergenesenen Ehegatten utiliter gestattet wird, die Ehescheidung erfolgt seyn muß, wenn die actio rerum amotarum utilis Statt finden soll[37].

Es ergiebt sich hieraus eine zweyte wesentliche Bedingung unserer Klage, nämlich die, daß die Entwendung **während der Ehe** geschehen seyn müsse. Ist also die Entwendung entweder noch vor Eingehung der Ehe, oder erst nach schon erfolgter Ehescheidung geschehen, so findet die actio rerum amotarum nicht Statt, sondern es kann in dem ersten Falle die condictio furtiva, in dem letztern aber sogar die actio furti angestellt werden[38]. Der Unterschied besteht darin, weil jene auch während der Ehe gestattet wird.

*L. 3. pr. D. h. t.* Paulus *lib. VII. ad Sabinum.* Et ideo, si *post divortium* easdem res contrectat, etiam furti tenebitur[39].

*§. 2. h. L.* Sed et cum uxore *furti agere* possibile est, si — furtum fecit — nobis, antequam

37) *L. 21. pr. D. h. t.*

38) G. Cujacius Recitation. Solenn. in Cod. ad h. Tit. §. *Unde quaeritur.* Donellus Commentarior. de iure civ. Lib. XV. Cap. 30. §. penult. u. Conradi Dig. h. t. §. 2.

39) Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 11. Const. 3. pag. 425. haben: τῇ περὶ κλοπῆς εἰς τὸ διπλοῦν ἐνεχέσθαι: *furti in duplum tenetur.*

nuberet: tamen *propter reverentiam personarum — furtivam tantum condictionem* competere, non etiam *furti actionem*, dicimus [40]).

Die dritte wesentliche Bedingung unserer Klage ist, daß die Ehescheidung wirklich erfolgt seyn müsse [41]). Ist die Ehe nicht getrennt worden, so findet die actio rerum amotarum auf keine Weise Statt, sondern der bestohlne Ehegatte muß sich der actio in factum [42]), oder der Condictio ex iniusta causa bedienen. Alles dieses bestätiget die Stelle aus Marcians *libro III. Regularum*, woraus die *L. 25. D h. t.* entlehnt ist:

Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint, *et*

40) *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. et Interpretum iuris Decad. LXXIX. Err. 1. hat dagegen viel einzuwenden gewußt, und bezweifelt, ob Paulus so etwas je geschrieben haben könne. Er schreibt daher dieses Gesetz dem Tribonian zu. Schon der Ausdruck *possibile est*, soll Tribonians Hand verrathen. Allein Bachov in Tract. de Actionib. Disp. V. Th. 7. not. c. pag. 173. hat ihn ausführlich widerlegt, und schließt seine Widerlegung mit den Worten: *verendam est, ne illi ipsi rudes et imperiti sint, qui nihil nisi imperitiam et stultitiam* Triboniani *crepare solent.*

41) S. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Promittitur* p. 532. und Voorda Thes. controversar. Decad. XIV. §. 3.

42) Id est, actione verbis temperata in factum. *L.* 11. §. 1. *in fin. D. de dolo malo.* Ohngefähr mit der Formel: *Si paret, ex rebus meis hanc vel illam rem apud te esse.* S. Cujacius Comm. ad L. 5. D. h. t. *Opp. postum* Tom. I. pag. 303. in fin. und Noodt c. l. Donellus c. l. nennt sie eine *Condictio sine causa.*

*secutum divortium fuerit:* sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cesset *rerum amotarum actio*, tamen ipsas res maritus *condicere* potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, *qui non ex iusta causa possident.*

Anton Faber [43]) versteht unter der Condictio, von welcher Marcian hier redet, eine condictio generalis *non ex iusta causa*, wie er sie nennt, welche den Fall voraussetze, daß die dem Manne von der Frau entwendeten Sachen, weder ihm eigen gehörten, noch Dotalsachen waren, weil in dem Falle, da die Sachen dem Manne eigen gehörten, oder Dotalsachen sind, sofern sie noch existiren, die Reivindicatio, in dem entgegengesetzten Falle aber eine condictio certi Statt finde. Denn eine Condictio stehe dem Eigenthümer nur gegen den Dieb zu. Existire aber die Sache nicht mehr, so sey der Kläger jetzt nicht mehr Eigenthümer, also finde eine Condiction Statt. Dieß sey die *condictio certi ex iniusta causa*, deren Paulus *L.* 6. §. 5. *D. h. t.* und Ulpian *L.* 17. §. 2. *D. eod.* gedenke, und welche auf den Werth der Sache gehe. Der Fall, von welchem Marcian handelt, müsse also ein solcher seyn, wo weder eine vindicatio, noch condictio dominii rerum amotarum zulässig sey, weil es sonst nicht nöthig gewesen wäre, zu einer Condictio generalis die Zuflucht zu nehmen. Die Condictio generalis aber, wenn die dem Manne entwendeten Sachen weder eigene noch Dotalsachen wären, finde in jedem Falle Statt, die Sachen möchten noch existiren oder zu existiren aufgehört haben. Im ersten Falle gehe sie auf Restitution des Besitzes [44]), im letzten aber auf

43) De erroribus Pragmaticor. Decad. LXXIX. Err. 8.

44) *L.* 15. §. 1. *D. de condict. indeb.*

den Ersatz des Werths, weil die Billigkeit nicht erlaube, sich mit fremden Verlust zu bereichern [45]). Daher sage auch Marcian: nam *iure gentium* condici puto posse res ab his, *qui non ex iusta causa possident*. Daß Marcian so zu verstehen sey, erhelle noch mehr daraus, weil er der Reivindication eben sowohl, wie der Condiction hätte gedenken müssen, wenn er von dem Falle spräche, da die Frau solche Sachen entwendet hätte, welche dem Manne eigen gehört hätten, oder Dotalsachen gewesen wären.

Allein daß die Reivindicatio auch mit der Condictio concurriren kann, sagt Ulpian in dem unmittelbar vorhergehenden Gesetz ausdrücklich, welche aus desselben *libro V. Regularum* genommen ist. Er sagt daselbst:

Ob res amotas, vel proprias viri vel etiam dotales, tam *vindicatio*, quam *condictio* viro adversus mulierem competit: *et in potestate est, qua velit actione uti.*

Es ist wohl offenbar unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrten [46]) hier unter der Condictio die actio rerum amotarum haben verstehen wollen. Es ist keine andere als die condictio *ex iniusta causa*, welche gegen die Regel, *neminem rem suam condicere posse*, nach dem Beyspiel der condictio furtiva, auch dem Eigenthümer gestattet ist, wie Pothier [47]) sehr richtig bemerkt hat. Denn der Zusammenhang der *L.* 24. *h. t.* mit dem folgenden

45) *L.* 14. *D. de condict. indeb.*

46) Z. B. Faber c. l. und Voorda Thes. controvers. Decad. XIV. Th. 7.

47) Pandect. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XXIV. Not. e. p. 80.

Gesetz lehrt deutlich, daß Ulpian hier von dem Falle spricht, wo die actio rerum amotarum nicht Statt findet, und wegen der entwandten Sachen während der Ehe gegen die Frau geklagt wird. Es mag wohl anfangs streitig gewesen seyn, ob die condictio ex iniusta causa dem Eigenthümer zustehe; allein Sabinus und Celsus billigten die Meinung der Alten, welche, wie uns Ulpian [48]) belehrt, behaupteten, *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici.* Daher gedenkt auch Marcian in der *L.* 26. *h. t.* nur der Condictio ex iniusta causa allein, als der wegen Entwendung während der Ehe unter den Ehegatten Statt findenden Klage, weil es bey derselben nicht darauf ankommt, ob der Kläger Eigenthümer ist, oder nicht, obwohl es keinen Zweifel hat, daß sich der Eigenthümer in dem Falle, von welchem Ulpian in der vorhergehenden *L.* 24. spricht, auch der Reivindication bedienen könne.

Warum die actio rerum amotarum nicht während der Ehe gestattet wird, davon wird in der oben angeführten *L.* 2. *Cod. h. t.* der Grund angegeben:

Constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.

Sollte denn aber die actio rerum amotarum eine actio famosa, oder poenalis seyn? Das sey ferne. Cessat ignominia in condictionibus, sagt Ulpian

48) *L.* 6. *D. de condict. ob turpem vel iniustam causam.* Man sehe auch *Jac.* Cujacii Commentar. in libr. XI. Quaest. Papin. ad L. 5. D. h. t. (*Oper. postum.* Tom. I. pag. 304.)

*libro* 2. *ad Edictum* [49]), quamvis ex famosis causis pendeant. Daher infamirt nicht einmal die condictio furtiva, noch weniger also die actio rerum amotarum. Daß aber auch diese Klage keine Pönal-Klage sey, sagt Paulus *libro XXXVII. ad Edictum* [50]) ausdrücklich: Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet. Wie sollen wir also die angeführte *L.* 2. *C. h. t.* verstehen? vermuthlich so, daß wenn auch die actio rerum amotarum an sich weder poenalis, noch famosa ist, sie doch, da sie ein wahres furtum zum Grunde hat [51]), den guten Namen einigermassen befleckt [52]). Daher darf in der Klage, die während der Ehe ein Ehegatte gegen den andern anstellt, des furtum nicht gedacht werden [53]), sondern der Kläger kann den Grund der Klage blos darin setzen, der Beklagte besitze die in Anspruch genommene Sache mit Unrecht, sie gehöre nicht ihm, sondern dem Kläger, er suche sich mit dem Schaden des Klägers auf eine unbillige Art zu bereichern. Darauf sind eben die während der Ehe unter den Ehegatten Statt

49) *L.* 36. *D. de obligat. et action.*

50) *L.* 21. §. 5. *D. h. t.*

51) *L.* 21. §. *ult. D. h. t.* Pendet enim ex furto.

52) S. Cujacius ad L. 5. D. h. t. *Oper. postum.* Tom. I. pag. 304. Was *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXX. Err. 9. dagegen eingewendet hat, ist von Bachov in Tract. de Actionibus Diss. V. Th. 11. ausführlich widerlegt worden. Man sehe auch Noodt in Julio Paulo Cap. 7. §. Quartum (*Oper.* Tom. I. p. 577.) und Comment. ad Dig. h. t. §. *Porro.* (Tom. II. pag. 532.)

53) Arg. *L.* 5. §. 1. *L.* 6. *L.* 7. *pr. D. de obsequiis parentib. et patronis praestand.*

findenden Klagen, nämlich die condictio ex iniusta causa, die rei vindicatio, oder die actio in factum, zu gründen. Eben deswegen, weil keine Pönalklage unter Ehegatten Statt findet, geht auch die actio servi corrupti gegen die Ehefrau nur auf das simplum [54]), und da auch diese Klage an sich unter die actiones turpes gezählt wird [55]), so muß in der Klage gegen die Frau jeder ehrenrührige Ausdruck vermieden, und das Factum so schonend als möglich, vorgetragen werden. Actio verbis erit temperanda in factum, sagt Cujaz [56]), detracta omni atrocitate et infamia verborum. Eben dieß gilt auch von der actio legis Aquiliae, insofern sie während der Ehe gegen die Frau gestattet wird [57]). Sehr treffend bemerkt hier der griechische Scholiast [58]): *καὶ ποινάλιος ὢν ὁ ἀκουίλιος — ἔχων ποινῆς καὶ ρεῖ πέρσεκουτίωνα, κινεῖται κατὰ τῆς γαμετῆς καὶ τοῦ γάμου συνεστῶτος, — καὶ δυνατὸν λέγειν μὴ ποινα-λίως ἀυτὸν κινεῖσθαι, μήτε ἐξ ἀρτήσεως διπλασιάζεσθαι, ἀλλὰ διὰ τὴν θάλψιν τῶν γάμων εἰς τὸ ἁπλοῦν κατὰ τὸ εἰρημένον περὶ τῆς σέρβι κορρούπτι.* i. e. *Legis quoque Aquiliae actio, quae poenalis est, quia poenam et rem persequitur, intenditur adversus uxorem etiam constante matrimonio, et dici potest, eam non moveri* POENALITER, *neque duplari ex inficiatione, sed favore nuptiarum* IN SIMPLUM *dari, sicut dictum est de actione servi corrupti.*

54) *L. ult. D. de servo corrupto.*

55) *L.* 56. *D. pro Socio.*

56) Cit. l. pag. 306.

57) *L.* 27. §. 30. *D. ad Leg. Aquil.*

58) *Basilic.* Tom. IV. pag. 439. Schol. 5.

Einen Fall giebt es jedoch, wo die actio rerum amotarum auch schon während der Ehe dem bestohlnen Ehegatten gestattet ist, nämlich wenn die entwendete Sache eine fremde war, die z. B. dem Bestohlnen war geliehen worden. Hier kann zwar der Eigenthümer die actio furti anstellen, aber nur erst dann, wenn der bestohlne Gatte, an welchen er sich zunächst halten muß, insolvent ist. Hat er von diesem seine Entschädigung erhalten, so kann nun der bestohlne Ehegatte noch während der Ehe gegen den Andern die actio rerum amotarum anstellen. Es beruht dieses auf einer Constitution des Kaisers Justinian, welche eine von den 50 Decisionen desselben ist, und nach den Worten der *L. ult. §. fin. Cod. de furtis* folgendermassen lautet:

Cum autem in confinio earum dubitationum tertia exorta est quaestio: quare non et eam decidimus? Quum enim apertissimi iuris sit, non posse maritum constante matrimonio furti actionem contra suam uxorem habere, quia Lex ita atrocem actionem dare in personam ita sibi coniunctam erubuit: eiusmodi incidit Veterum sensibus quaestio. Quidam etenim, re sibi commodata, huiusmodi rei furtum a sua muliere passus est: et dubitabatur, utrumne domino rei furti actio contra mulierem praestaretur, an propter necessitatem causae, et maritus eius, utpote actioni commodati suppositus, possit habere furti actionem. Et auctores quidem iuris et in hac specie contra se iurgium exercuerunt, ex praesenti autem lege, et antecessoribus nostris decisionibus, quae in ista positae sunt constitutione, potest et haec species apertius dirimi. Si enim domino dedimus electionem, ad quem voluerit pervenire: sive ad eum, qui rem commodatam accepit, sive contra eum, qui furtum commisit, et in hac specie maritus quidem propter matrimonii pudorem, non furti, sed *rerum amotarum actionem* habeat, si ipsum dominus elegerit. *Dominus autem omnem licentiam possideat, sive adversus maritum commo-*

*dati, sive adversus mulierem furti actionem extendere: ita tamen, ut si ipse, qui rem commodatam accepit, solvendo sit, nullo modo adversus mulierem furti actio extendatur: ne ex huiusmodi occasione inter maritum et uxorem, qui non bene secum vivunt, aliqua machinatio oriatur, et forsitan marito volente uxor eius extrahatur, et furti patiatur poenalem condemnationem.*

Daß Justinian in dem hier angeführten besondern Falle dem Manne die actio rerum amotarum ausnahmsweise auch während der Ehe gegen die Frau gestattet habe, darin sind die Rechtsgelehrten [59]) einverstanden. Nicht anders verstanden auch die griechischen Ausleger die Decision des K. Justinian, wie aus den Scholien der Basiliken [60]) erhellet. Da heißt es: *ἐμφαίνει γὰρ ἡ διάταξις, ὅτι καὶ τοῦ γάμου συνεστῶτος κινεῖται.* i. e. *Ostendit enim Constitutio, etiam constante matrimonio institui* sc. rerum amotarum actionem. Allein man erklärt doch diese actio rerum amotarum mit Accursius nur von einer actio utilis, oder in factum [61]).

59) S. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXI. Err. 8. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. ult. Cod. de furt. Lib. VI. pag. 11. *Bm.* Merillius Exposition. in quinquag. Decisiones Justin. Nr. XIII. ad L. ult. §. ult. Cod. de furt. (*Oper.* P. II. Neapoli 1720. 4. pag. 50) *Fr.* Raguellus Comm. ad Constitution. et Decision. Justiniani. ad §. ult. L. ult. Cod. de furt. pag. 400. und von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilr. 3. B. §. 62. S. 48.

60) Tom. IV. pag. 440. Schol. d.

61) Cujacius Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. 21. Lib. V. Rerum amotar. §. *Unde quaeritur.* Bachov. Tr. de Actionib. Diss. V. Th. 11. pag. 185. *Jo. Jac.* Wissenbach Comm. in libros VII. prior. Cod. ad L. ult. de furtis. §. 4. p. 512. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Promittitur*, in fin. pag. 532. und Pothier Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. IX. not. n. pag. 78.